Das

Preußische Immobiliar-Sachenrecht

und

dessen Reform

nach den neuesten Entwürfen.

Kritisch dargestellt

von

Wilhelm Hartmann,
Königlichem Kreisgerichts-Director in Stargard in Pommern.

Elberfeld, 1869.
Verlag von R. L. Friderichs.

Gedruckt bei R. L. Friderichs & Comp. in Elberfeld.

Inhalt.

§. 1.

Historische Einleitung.

Die Lehre vom Eigenthume, insbesondere vom Grundeigenthume, steht mehr als jede andere Disciplin des Privatrechts unter dem Einflusse der politischen und socialen Institutionen eines Volkes. Je freier und zwangloser eine Staats- und Gemeindeverfassung ist, je gleichmäßiger und unbevorzugter die bürgerlichen Rechte vertheilt sind, desto frischer und lebendiger werden sich die geistigen und materiellen Kräfte eines Volkes entwickeln, desto kräftiger werden Handel und Verkehr, die Grundlagen des National-Reichthumes, und daher die Vorbedingungen der Volkswohlfahrt, erblühen. Mit der fortschreitenden Kultur und der Hebung des Verkehrs ist aber auch eine raschere Bewegung des Eigenthumes, eine beschleunigtere Veränderung des Besitzstandes verbunden, und diese Richtung des Verkehrs erzeugt das Bedürfniß nach einfachen, leichten Formen für die Uebertragung des Eigenthumes und für die Rechtsgeschäfte, durch welche der Verkehr vermittelt wird. Die historische Entwickelung des Rechts aller Völker ist diesem natürlichen Laufe des Verkehrs gefolgt. Die Zeit selbst hat die Rechtsgeschäfte von Formen, Bedingungen und Voraussetzungen befreit, welche der freien und raschen Bewegung des Eigenthumes lästig und beschwerlich waren. Diese Erleichterung und Vereinfachung der Verkehrsformen hat sich nicht nur geltend gemacht in dem specifischen Handelsrechte[1]), d. i. in dem Rechte, nach welchem die Verkehrsgeschäfte des Handelsstandes beurtheilt werden, lex mercaturae, lex mercatoria, von welchem das Wechselrecht nur einen Theil bildet, sondern sie ist ein Bedürfniß geworden für den gesammten Umfang des internationalen Privatrechts.

Nachdem die, zum Theil mit der bürgerlichen Verfassung des alten Roms zusammenhängende Eintheilung und Beschränkung des Eigenthumes, quiritisches Eigenthum, in bonis esse, res mancipi, res nec mancipi,[2]) einer freieren Rechtsauffassung Raum gegeben hatte, wurden auch die alten beschwerlichen Rechtsformen für die Uebertragung des Eigenthumes und Konstituirung ding-

---

[1]) Consuetudo, stylus jus facit inter mercatores. Marquard, Tract. de jure mercator. lib. III. c. 2. n. 26. Nudum pactum inter mercatores vim stipulationis obtinet. Decis. Rot. Genuae, XC. n. 3.

[2]) Ulpian, XIX. 1, XXIV. 7. Gajus I. 120, II. 15. 16. 17. Walter, Geschichte des Röm. Rechts. (Bonn, 1860.) Bd. 2. S. 176 ff.

licher Rechte, mancipatio, in iure cessio, sowie für die Errichtung obligatorischer Rechtsgeschäfte (Stipulation, Acceptilation, persönliche Anwesenheit der Partheien), durch einfachere und beweglichere Verkehrsformen ersetzt. Das Eigenthum, d. i. die absolute Herrschaft einer Person über eine bewegliche oder unbewegliche Sache, wurde in dem Justinianischen Rechtssysteme entweder in unmittelbarer, ursprünglicher, von dem Rechte eines Anderen nicht abgeleiteter Weise erworben, oder dasselbe stellte sich dar als die Succession in die Rechte eines Anderen, als Fortsetzung der Eigenthumsrechte des bisherigen Besitzers. Auf dieser Unterscheidung beruht die Eintheilung der Eigenthumserwerbungsarten in die originäre oder ursprüngliche, und in die derivative oder abgeleitete.[1]) Während bei der Ersteren der Eigenthumserwerb seinen Rechtsgrund findet in einer einseitigen, durch das Gesetz geschützten, selbstständigen Besitzergreifungshandlung des Erwerbenden, so daß außer dieser Thätigkeit und dem Erwerbungswillen des Handelnden nicht noch die Thätigkeit und der Wille eines Anderen erforderlich sind, stellt sich die Letztere als ein, durch den Willen und die Mitwirkung eines Dritten, des bisherigen Berechtigten, bedingtes, auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft dar. Wie das Obligationenrecht überhaupt eine gewisse Verwandtschaft mit dem Sachenrechte, dessen vorzüglichste Grundlage das Eigenthum bildet, in sofern äußert, als die Obligation die partielle Herrschaft über eine Person,[2]) das Eigenthum die Herrschaft über eine Sache begründet; die Obligation als Erwerbungsgrund auch zum Eigenthume führt, und beide, die Obligation und das Eigenthum, als reale Werthobjekte das Vermögensrecht bilden, so setzt auch die abgeleitete Erwerbungsart, gleich der Obligation, zwei Personen zu einander in rechtliche Wechselwirkung. Jeder Eigenthumserwerb verlangt eine äußere, den Erwerbungswillen ausdrückende Thätigkeit, eine Handlung, durch welche die Sache unter die Herrschaftseinwirkung des Erwerbenden gelangt, und diese Handlung heißt bei der ursprünglichen Erwerbung — Occupation, bei dem abgeleiteten Erwerbe — Tradition.

Die Tradition, die Uebergabe, in ihrer objectiven Aeußerlichkeit und Abstraktion von dem unterliegenden Rechtsgrunde gedacht, fällt in das Rechtsgebiet des Besitzes; denn Tradition in dieser Auffassung ist die Uebertragung des Besitzes, die faktische Einräumung der Herrschaft über eine körperliche Sache an einen Anderen. Es kann daher die Uebergabe einer Sache erfolgen in verschiedener Absicht und zu verschiedenen Zwecken. Sie kann geschehen: um dem Uebernehmer ein persönliches oder dingliches Nutzungsrecht einzuräumen; um

[1]) Puchta, Pandekten (Leipzig 1844), §. 47. 147. Arndt's Lehrbuch der Pandekten (München 1859). §§. 56. 144 ff.

[2]) L. 3. pr. D (44. 7). Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut aliam nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

ein Pfand- oder Aufbewahrungsverhältniß zu konstituiren; oder um auf den Erwerber die absolute Herrschaft, das Eigenthum einer Sache zu übertragen.[1]) Die Tradition gehört, als freiwillige Uebertragung des Eigenthumsbesitzes, zu den wichtigsten civilistischen Rechtsgeschäften. Dieselbe erfolgt in der Regel auf Grund und zur Realisirung eines vorher gefaßten gemeinschaftlichen Willens der Uebergabe-Interessenten. Dieser gegenseitige Wille der Eigenthums-Uebertragung und des Eigenthumserwerbes an einer bestimmten Sache wird gebildet durch das Rechtsgeschäft, welches die Tradition veranlaßt hat, und zu welchem sich die Tradition als eine Erfüllung des Vertrages, solutio, darstellt. Dieses Rechtsgeschäft ist daher der Rechtsgrund, der Rechtstitel für den durch den Akt der Uebergabe bewirkten Eigenthumsübergang, causa, justa causa traditionis.[2]) Dieser Rechtsgrund für den äußeren Akt der Tradition ist oft als ein besonderes, für sich abgeschlossenes vorgängiges Geschäft nicht erkennbar, fällt vielmehr in vielen Fällen, nach Zeit und Raum, zusammen mit der Handlung der Uebergabe selbst, z. B. bei der Hingabe einer Allmose, bei der Schenkung einer beweglichen Sache. Allein auch in diesen Fällen der Tradition ist, bei einer strengen juristischen Analyse, das rechtliche Vertragselement, der auf die Uebertragung des Eigenthumes gerichtete gemeinsame vorgängige Wille des Gebers und Empfängers der geschenkten Sache, durch concludente Handlungen an den Tag gelegt, deutlich erkennbar. Das Römische Recht geht aber weiter und stellt die Tradition, in völliger Unabhängigkeit von dem vorhergehenden materiellen Rechtsgeschäfte, als selbstständigen Erwerbungsgrund dar. Nicht das vorgängige Geschäft ist die iusta causa traditionis, der Titel des Eigenthumserwerbes, sondern die Tradition in ihrer Abstraktion von jedem anderen Obligationsgrunde; der durch den Akt der Uebergabe ausgedrückte gemeinsame Wille der Uebergabebetheiligten ist der Rechtsgrund für die Erwerbung.[3]) Es kommt daher für die rechtliche Wirkung der Tradition,

[1]) v. Savigny, das Recht des Besitzes. 7. Aufl. v. Rudorff (Wien 1865). S. 282.

[2]) Ulpian tit. 19. §. 7. Harum rerum (nec mancipi) dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet ex iusta causa traditae sunt nobis. Gaius Inst. lib. II §. 20. Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, tua sit ea res . . . L. 31. pr. D. (41. 1). Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur L. 55. D. (44. 7) In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentum, nam sive ea venditio sive donatio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum in quod inchoatus, non potest. Puchta, a. a. O. §. 148.

[3]) v. Savigny stellt die Tradition selbst als wirklichen Vertrag dar, weil dieselbe, als durch den übereinstimmenden Willen der handelnden Personen das Eigenthum übertragend, alle Momente eines Vertrages enthalte. System Bd. 3. S. 312. Obligationenrecht. Bd. 2. S. 257. Hugo Grotius, de jure belli et pacis. (Amstelo-

als Eigenthumserwerbungsart, auch nicht darauf an, ob eine bestimmte causa für die Tradition überhaupt besteht, und ob die causa rechtsgültig ist. Der Erwerbungsgrund für den Akt der Tradition besteht in dem gemeinsamen Willen der Partheien, durch die Tradition Eigenthum zu übertragen und Eigenthum zu erwerben.

Die Zurückführung der Verkehrsgeschäfte auf einfache dogmatische Sätze und leichtere Bildungsformen ist aber im Römischen Rechte nicht allein für das Eigenthum, sondern auch für die, aus dem Eigenthume abgeleiteten Rechtsinstitutionen, sowie für das gesammte Obligationenrecht erfolgt. An die Stelle der alten fiducia, der Eigenthumsübertragung zum Zweck der Verpfändung in der Form der mancipatio oder in iure cessio, unter der Verabredung der remancipatio, trat der einfache Begriff des Pfandes, als Verhaftung einer bestimmten Sache für eine bestimmte Forderung. Es entstand dadurch das Verpflichtungsverhältniß einer Sache zu einem bestimmten Berechtigten, ähnlich dem Verhältnisse der Obligation, als dem Bindemittel zwischen einem Schuldner und einem Gläubiger.[1]) Das Pfandrecht wurde in zwiefacher Weise gedacht,

1) als Pfandrecht mit Besitz, pignus
2) als Pfandrecht ohne Besitz, hypotheca.[2]).

Für beide Formen gelten gleiche Rechtssätze. Gegenstand des Pfandes konnten unbewegliche und bewegliche Sachen sein.[3]) Das Pfandrecht entstand durch Vertrag und Gesetz und gewährte für beide Formen des Pfandvertrages ein accessorisches Recht dinglicher Natur, ähnlich und verwandt der Bürgschafts-Obligation, indem die verpfändete Sache dem Pfandinhaber zur Sicherheit und zum Zweck des Verkaufes verhaftet war, obligatio rei.[4]) Die Gültigkeit des Pfandrechtes, pignus, setzte voraus:

---

dami 1720.) lib. II. cap. VI. §. 6. Duo tamen addenda sunt (de acquisitione derivativa), alterum in dante alterum ex eo, cui datur. In dante non sufficere actum internum voluntatis, sed simul requiri aut verba, aut alia signa externa, quia actus internus non est congruens naturae societatis humanae. L. 9. §. 3. D. (41. 1.) . . . nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. L. 36. D. (41. 1). Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio . . . L. 10. D. (39. 5). L. 40. J. (2. 1). Puchta, a. a. O. §. 140. Arndts, a. a. O. §. 145.

[1]) Walter, a. a. O. §. 620ff. v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1. S. 14.

[2]) L. 9. §. 2. D. (13. 7). Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit possessio ad creditorem.

[3]) L. 5. §. 1. D. (20. 1). Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

[4]) Puchta, a. a. O. §. 193. v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1. S. 14. Arndts, a. a. O. §. 364.

1) einen rechtmäßigen Entstehungsgrund, Vertrag, contractus pignoratitius, oder Gesetz;
2) die Tradition, d. i. Uebergabe der Sache zum Pfandbesitz.

Das Vorzugsrecht unter mehreren Pfandrechten bestimmte im Kollisionsfalle das Alter, die Zeit der Entstehung des Pfandrechtes, anterioris temporis privilegium[1].)

Das alte Germanische Recht ist einem, von der Römischen Rechtsauffassung ganz verschiedenen Entwicklungsgange gefolgt. Rom war eine kriegerische Stadt, und alle Staats- und bürgerlichen Einrichtungen waren für den Krieg berechnet. Die Geschäfte des Friedens, Handel, Industrie und gewerblicher Verkehr, wurden nicht aus volksthümlicher Neigung, denn Rom war kein Handelsstaat, sondern aus Bedürfniß getrieben, um die Mittel eines mächtigen, kriegslustigen Volkes zu vermehren. Das Grundeigenthum nahm in Rom keine privilegirte Stellung ein; denn die Rechte der Familie und die staatsbürgerlichen Rechte standen zu demselben in keiner Beziehung und in keiner Abhängigkeit. Ganz anders war es in Deutschland. Die alten Germanen waren ein tapferes, aber kein eroberungssüchtiges Volk. Ihre Hauptbeschäftigung war Ackerbau. Das Grundeigenthum bildete daher den bevorzugten Theil des Vermögens; wichtig für die Familie und entscheidend für die Theilnahme an den öffentlichen- und Gemeinderechten. Der Staat, die Gemeinde nahmen daher an dem Grundeigenthume und an dessen Bewegung selbst ein nahes Interesse. Dieses äußerte sich insbesondere in der Aufsicht und Kontrole, welche die Gemeinde über die Veränderungen und Uebertragungen des Grundeigenthumes führte.

Die Lehre vom Eigenthume (eigentlich Gewere, Eigen, Erbe) und vom Besitze hat sich im Germanischen Rechte in der Gewere, d. i. in der physischen Herrschaftseinwirkung einer Person auf eine, — bewegliche oder unbewegliche, — Sache ausgebildet. Später, bei fortschreitender Rechtsausbildung und unter dem Einflusse Römischer Rechtsanschauung, wurde dieser Begriff der Gewere erweitert, und auf andere besitzähnliche Zustände, fingirte Gewere, ausgedehnt. Während für die Erwerbung beweglicher Sachen, fahrender Habe, die Gewere den Erwerbungsgrund bildete und fortdauernd einen entschiedenen Rechtsschutz, — Vermuthung der Redlichkeit des Besitzes, — gewährte, „Hand muß Hand wahren", bildete sich für die Uebertragung des Grundeigenthumes, der Liegenschaften, eine feierlichere Form aus. In frühester Zeit erfolgte die Uebertragung und der Erwerb des Grundeigenthumes unter dem Schutze des Volksrechts vor der Gemeinde, in den Volksgerichten, durch symbolische Uebergabe, traditio per festucam, legitima traditio, Auflassung. Später, bei

---

[1]) L. 4. C. (8. 18). Sicut prior es tempore, potior es iure.

veränderter Gemeinde- und Gerichtsverfassung, geschah die Auflassung als feierlicher Akt der Besitzeinweisung mit der Wirkung des Eigenthumserwerbes, unter öffentlicher Autorität durch den Richter der Sache, oft, insbesondere nach der Statutareinrichtung der Städte, mit gleichzeitiger Vermerkung in öffentliche Grundbücher.[1])

Die Grundsätze über die Erwerbung des Eigenthumes wurden auch angewendet auf die Verpfändung; denn die Verpfändung ist ein der Veräußerung ähnlicher Rechtsakt. Wie daher die Uebertragung des Eigenthumes an fahrender Habe nur durch die Uebertragung der Gewere erfolgen konnte, so war ein Pfandrecht, eine Hypothek an Grundstücken anfänglich nur in den Formen der Eigenthumsübertragung, — Verkauf auf Wiederkauf, die Römische fiducia, — später nur durch die Eintragung in die Grundbücher, Ingrossation, Intabulation, möglich.[2])

Hiernach war für die Veräußerung und die Belastung des Grundeigenthumes das Princip der Publizität, anfänglich in der Auflassung vor der Gemeinde, später durch die Verlautbarung und Bestätigung durch den Richter und durch die Eintragung in öffentliche Grundbücher, ein Ausfluß alt-Germanischer Rechtsanschauung. Den Rechtsgrund für den Erwerb und den Titel für die Auflassung bildete nicht der Obligationsfall, durch welchen der Eigenthumsübergang oder die Belastung des Grundstücks ermittelt worden war, nicht das materielle Rechtsgeschäft, welches in der Form eines Kaufes, Tausches oder der Hypothekbestellung, der gerichtlichen Auflassung vorausging, sondern der feierliche Akt vor dem Richter, in welchem die Interessenten, in unzweifelhafter Gewißheit, den Uebergang des Eigenthumes erklärten, und der Richter mit öffentlicher Autorität den neuen Erwerber in den Besitz des übertragenen Grundstückes einwieß.[3])

Mit der auf allgemeiner Gewohnheit beruhenden Einführung des Römischen Rechts fand auch das Römische Eigenthumssystem, mit allen seinen Vorzügen und Mängeln, in Deutschland Eingang und verdrängte die auf deutscher Rechtsanschauung ruhenden Rechtsgrundsätze über den Erwerb, den Besitz und

---

[1]) Runde, Grundsätze des gem. Deutsch. Privat-Rechts (Göttingen 1795). §§. 258 ff. 450. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. (Göttingen 1821). Bd. 1. §. 59. Bd. 3. S. 258. Eichhorn, Einl. in das Deutsche Privatrecht (Göttingen 1825). §. 170 ff. Mittermaier, Grundsätze des gem. Deutsch. Privatrechts (Regensburg 1842). Bd. 1. §. 160. v. Gerber, System des deutschen Privatrechts (Jena 1867). §. 88 ff.

[2]) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. §. 361. 450. Derselbe, Einl. in das Deutsche Privatrecht. §. 121 ff. Mittermaier, a. a. O. §. 260 ff.

[3]) Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. §. 350. Mittermaier, a. a. O. §. 161.

die Veräußerung des Grundeigenthumes. An die Stelle der, unter öffentlicher Autorität durch den Richter vorgenommenen Eigenthumsübertragung, als Rechtsgrund für den Erwerb (Auflassungstheorie), trat die Tradition des Grundstückes auf Grund einer iusta causa, d. i. einer von dem Willen und der ausschließlichen Thätigkeit der Vertragskontrahenten abhängigen Eigenthums-Uebertragung (Traditionstheorie). Allein das Princip der Publizität, d. i. die Bewegung des Grundeigenthumes unter öffentlicher Kontrole und Autorität, war in dem Germanischen Rechte so kräftig und so stark, daß sich dasselbe noch neben den Formen der Römischen Eigenthumsübertragung in dem Institute der Grund- und Hypothekenbücher, fast in allen Partikularrechten, bis auf die neueste Zeit unversehrt erhalten hat. Die alt Germanische Form der Auflassung, d. i. der Eigenthumsübertragung durch richterliche Einweisung als Erwerbungsakt und in ihrer Unabhängigkeit von der vorhergehenden causa gedacht, ist dagegen, mit Ausnahme vereinzelter Partikulargesetzgebungen, durch das Römische Recht verdrängt, und der Eintragung des Eigenthumes und der Hypotheken in die öffentlichen Hypothekenbücher auf Grund vorgängigen römischrechtlichen Titels, iusta causa et traditio, zum Theil nur eine konfirmatorische und accessorische Wirkung beigelegt worden.[1])

---

§. 2.

Das landrechtliche Immobiliarrechts-System.

In Preußen galt vor Einführung des Allgemeinen Landrechts, neben einer großen Anzahl landesherrlicher Verordnungen, das Römische Recht, wie es in Deutschland auf Grund einer allgemeinen Gewohnheit recipirt worden war. Die Satzungen des Römischen Rechts waren den Bewegungen des Verkehrs, namentlich in den gewerbreichen Städten, günstig. Die einfachen Formen der Rechtsgeschäfte erleichterten den Handel, und die zur Theilung des Vermögens führenden Vorschriften über das Erbrecht gaben Eigenthum und daher die Mittel für den Verkehr. Von diesem Geiste der Theilung und Zersetzung wurde auch das Grundeigenthum, in Deutschland der wichtigste und einflußreichste Theil des Vermögens, bedroht. Demselben traten daher die Partikulargesetzgebungen entgegen durch Vorschriften, welche bestimmt waren, das Grundeigenthum zu konsolidiren, zu befestigen, ihm Sicherheit und rechtlichen Halt zu geben.

---

[1]) Mittermaier, a. a. O. §. 161. v. Gerber, a. a. O. §. 89.

Vor allen Instituten mangelhaft war im Römischen Rechte die mit dem Pfandrechte in Verbindung stehende Vorrechts-Ordnung, welche, ohne Schutz des Pfandbesitzes, die Priorität nach der Zeit der Entstehung des Pfandrechtes bestimmte, und daneben noch eine große Menge gesetzlicher Vorzugsrechte konstituirte. Schon zur Römischen Zeit wurde über die Nachtheile und Verwirrung Klage geführt, welche durch das Pfandrechtssystem dem Kreditverhältnisse erwuchsen.[1])

Gegen diese Nachtheile eines, der historischen Ueberlieferung des nationalen Rechts nicht entsprechenden, den Verkehrsverhältnissen nicht zusagenden Rechtssystems, schritt in Preußen schon frühzeitig[2]) die Gesetzgebung ein und erließ unterm 4. Februar 1792. eine allgemeine Hypotheken- und Konkursordnung,[3]) in welcher für die Bewegungen des Grundeigenthumes und für die Prioritäts-Ordnung der Gläubiger konservative Grundsätze aufgestellt wurden. Für Schlesien erging am 4. August 1750. eine besondere Hypothekenordnung, welche durch das Cirkular vom 25. September 1750. auch auf die anderen Provinzen des Preußischen Staats ausgedehnt wurde. Die letztere ist demnächst durch die Allgemeine Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783. ersetzt worden, welche gegenwärtig die Grundlage für das formelle Hypothekenrecht in Preußen bildet. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten vom Jahre 1794. enthält das materielle Hypothekenrecht.

Die Allgemeine Hypotheken-Ordnung vom 20. Dezember 1783, ein Muster der Immobiliar-Gesetzgebung für die damalige Zeit, entsprach freilich nicht den Anforderungen des Kredits, wie sich derselbe in den mannigfachsten Formen des Verkehrs in späteren Jahren gestaltete. Es ordnete daher schon die Allerhöchste Kabinetsordre vom 12. Juli 1841. Berathungen über die „Maßregeln an, durch welche die Bearbeitung des Hypothekenwesens weniger schwierig und die Dokumente einfacher und übersichtlicher gemacht werden könnten.“ In Folge dieser landesherrlichen Anordnung erschien zu der Allgemeinen Hypotheken-Ordnung von 1783. in Form einer Novelle, das Gesetz vom 24. Mai 1853, welches auf Vereinfachung des Hypothekenwesens durch Einschränkung der Official-Eintragungen,

---

[1]) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. (Erlangen 1817.) Bd. 19. S. 223. Das Vorzugsrecht des Römischen Rechts genoß zu keiner Zeit großes Vertrauen. Schon die Novelle 72 c. 6. bestimmt wegen der Unsicherheit des Kredits: Sancimus nullam necessitatem ex legibus esse curatoribus minorum pecuniam foenerare, sed caute reponere et conservare.

[2]) Der erste Anfang einer Hypothekengesetzgebung findet sich in Ostpreußen in dem Provinziallandrechte von 1620, welches P. II. Bd. 4. Tit. 5. A. 5. §. 1 und in der darin befindlichen Konkursordnung P. I. Bd. 1. Tit. 49. §. 4. bestimmt: daß Hypotheken nicht anders als durch Ingrossation in das Amts- und Gerichtsbuch entstehen sollten.

[3]) C. C. M. Th. II. Abth. 2. Nr. 39. Kol. 139 f.

durch schärfere Begränzung der Lehre von den Protestationen, durch Erleichterung des Intabulationswesens und der Bildung der Dokumente gerichtet war und gute Dienste geleistet hat. In der Hauptsache wurden die Principien, auf welchen die Hypothekenordnung von 1783. gegründet, beibehalten, weil man glaubte, daß auf ihnen der Immobiliarkredit am sichersten ruhe.

Es läßt sich nicht verkennen, daß kaum ein Gesetz dem Grundeigenthume und den damit in Verbindung stehenden Kreditverhältnissen eine größere Sicherheit und bessere Garantie zu geben im Stande gewesen ist, als die Preußische Immobiliargesetzgebung nach den Prinzipien der Allgemeinen Hypotheken-Ordnung und des Allgemeinen Landrechts, selbst in der Zeit öffentlicher Unruhe und Verwirrung, gewährt hat. Der Zweck dieser Gesetzgebung war darauf gerichtet: „Das Eigenthum und Vermögen der Unterthanen, so weit es in und an Grundstücken besteht, im ganzen Umfange sicher zu stellen und zu diesem Endzweck Alles genau zu bestimmen, was zur gültigen Erlangung, Uebertragung und Aufhebung des Eigenthumes, hypothekarischen und anderen dinglichen Rechts auf unbewegliche Grundstücke überhaupt gehöre.[1]) Zu diesem Endzwecke sollten die Gerichte von sämmtlichen in ihren Bezirken belegenen Grundstücken ordentliche und akkurate Hypotheken-Bücher anlegen, und in diese theils von Amtswegen, theils auf den Antrag der Parthei, Alles eintragen, was für die Sicherheit des Eigenthumes und des Realkredits nothwendig und nützlich ist.[2]) Damit aber das Eigenthum der unbeweglichen Grundstücke nicht zweifelhaft und ungewiß werde, so sollten alle mit solchem Eigenthume vorfallende Veränderungen bei dem Hypothekenrichter angezeigt und in dem Buche vermerkt werden.[3]) Der Richter wurde angewiesen, die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit der einzutragenden Akte zu prüfen[4]), und der Grundsatz aufgestellt, daß ein Hypothekenrecht nur durch die Eintragung begründet werde.[5])

Die Allgemeine Hypotheken-Ordnung beruht daher, wie man sich auszudrücken pflegt, auf dem Prinzipe der Publizität, d. i. der Urkundlichmachung durch die Eintragung; der Spezialität, d. i. der Bestimmtheit des Pfandes und der Forderung unter Ausschließung der General-Hypothek, und der Legalität, d. i. der richterlichen Garantie für die Rechtsbeständigkeit der Eintragung. Unter solchem Apparate von Sicherheitsmitteln mochte der Preußische Hypothekenverkehr unter einfachen Verkehrsverhältnissen allerdings unantastbar sein. Das Hypothekenbuch war nicht allein ein Grundbuch, d. i. ein amtliches Verzeichniß über

---

[1]) Das Publikations-Patent zur Allg. Hypoth.-Ordn. v. 1783.

[2]) §§. 1 f. Tit. 1. §. 80. Tit. 2. Hypoth.-Ordn.

[3]) §§. 49 f. Tit. 2. Hypoth.-Ordn.

[4]) §§. 76 f. Tit. 1. §. 11. Tit. 2. Hypoth.-Ordn. §. 428 f. Th. I. Tit. 20. Allg. L.-R.

[5]) §§. 165 f. 182 f. Tit. 2. Hypoth.-Ordn. §. 411. Th. I. Tit. 20. Allg. L.-R.

alle Immobiliargegenstände mit urkundlicher Feststellung der Eigenthumsverhältnisse, sondern auch ein Hypothekenbuch, d. i. ein amtlicher Nachweis über die auf dem Grundstücke haftenden Lasten und Forderungsrechte. Allein dieser Karakter des Hypothekenbuches wurde theils gestört durch den Mangel aller Garantie für die Größenangaben bei den Eintragungen der Grundstücke, wovon doch die Sicherheit der Hypothekengläubiger zumeist abhängig ist, denn ein Kataster als Grundlage für den realen Umfang der Grundstücke existirte nicht, und durch die unklare und bestrittene Lehre über die Pertinenzqualität und deren Erlöschen den Hypothekengläubigern gegenüber,[1]) theils ganz aufgehoben durch die Beseitigung der Zwangsverpflichtung zur Besitztitelberichtigung.[2]) Auch in anderer Weise vielfach wurde die Sicherheit des Hypothekenverkehrs beeinträchtigt durch den kontroversen Karakter der Gesetzgebung und durch das, dem Geiste des Hypothekenwesens völlig widersprechende Rekognitionssystem für nicht eingetragene Grundstücke.[3])

Das materielle Hypothekenrecht, für welches die Hypothekenordnung nur eine Instruktion bildet, wird in dem Systeme des Allgemeinen Landrechts vorgetragen, und in der Lehre vom Eigenthume und der Verpfändung behandelt. Eigenthum ist, wie im Römischen und Germanischen Rechte, die Befugniß, über die Substanz einer Sache, mit Ausschließung Anderer, zu verfügen.[4]) Die mittelbare, d. i. die von dem Rechte eines Anderen abgeleitete, Erwerbung des Eigenthumes erfordert einen zur Uebertragung des Eigenthumes geeigneten Rechtsgrund, causa, und eine äußere Handlung, durch welche das Eigenthum erworben wird, modus acquirendi.[5]) Jener Rechtsgrund, der Titel zur Erwerbung, wird gebildet durch das Rechtsgeschäft, dessen Zweck und Absicht auf die Uebertragung des Eigenthumes gerichtet ist, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung. Die Handlung, welche thatsächlich den Erwerb vermittelt, wird dargestellt durch die Tradition, die Uebergabe als Realisation des auf die Uebertragung des Eigenthumes gerichteten gemeinsamen Willens.[6]) Das den Eigenthumserwerb begründende Rechtsgeschäft gewährt zunächst ein persönliches Recht, ein Recht zur Sache, und erzeugt eine Obligation, d. i. eine partielle Herrschaft des Berechtigten über die Person des Verpflichteten, nämlich das Recht, den Inhalt der Obligation zu fordern.[7]) Ein dingliches Recht, und daher das Eigenthum, wird erst erworben durch den Besitz auf Grund jenes

[1]) Vergl. meine Hypoth.-Ordn. (2. Ausg.) S. 65.

[2]) Durch die Kab.-Ordre vom 31. März 1831 wurde, vorbehaltlich weniger Ausnahmefälle, die Zwangspflicht aufgehoben. Vgl. meine Hypoth.-Ordn. S. 46.

[3]) Verordn. v. 16. Juni 1820. Vgl. meine Hypoth.-Ordn. S. 273.

[4]) §. 1. Th. I. Tit. 8 Allg. L.-R.

[5]) §. 131. Th. I. Tit. 2, §. 1. Tit. 9, §. 1. Tit. 10. Allg. L.-R.

[6]) §. 58. Th. I. Tit. 7, §. 2 f. Tit. 9. §. 3. Tit. 10. Allg. L.-R.

[7]) §. 122 f. Th. I. Tit. 2. Allg. L.-R.

persönlichen Rechts[1]). Die Uebergabe stellt sich dar, als die thatsächliche Erfüllung einer, auf die Eigenthumsübertragung gerichteten Obligation.

Das System des Allgemeinen Landrechts ist daher für den Eigenthumserwerb in allen seinen Konsequenzen der Römischen Traditionstheorie gefolgt. Die Germanische Rechtsauffassung über die Auflassung, als eine unter der Autorität des Richters bewirkte Eigenthumsübertragung, hat dasselbe nicht adoptirt. Die anfänglich als Pflicht angeordnete, später vom Willen des Erwerbers abhängig gemachte Eintragung in das Hypothekenbuch ist nicht, wie die alt Germanische Auflassung, eine selbstständige Erwerbungsart, nicht der Rechtstitel für den Erwerb des Eigenthumes an Grundstücken, sondern sie setzt perfektes, durch die Uebergabe realisirtes [2]) Eigenthum voraus, und stellt sich nur als eine zur Sicherheit und Ordnung der Eigenthumsverhältnisse eingeführte, eine rechtliche Fiktion des Eigenthumes bildende, politische Maßregel dar, welche herbeizuführen zu den Erfüllungs- und Gewährleistungspflichten des Veräußerers gehört. So lange die Zwangspflicht zur Besitztitelberechtigung galt, mögen beide Akte, der Akt der Eigenthumsübertragung durch eine äußere Besitzhandlung, modus acquirendi, und der Akt der Eintragung des Eigenthumes in das Hypothekenbuch, zeitlich nicht weit auseinandergelegen haben und rechtlich fast ineinander verschmolzen sein, so daß die dogmatische Verschiedenheit der Traditions- und der Auflassungs-Theorie weniger in die Augen gefallen, den Redaktoren des Allgemeinen Landrechts vielleicht ganz entgangen ist.[3]) Die rechtlichen Konsequenzen der Traditionstheorie mögen sich nur geltend gemacht haben für die kurze Zeit, welche zwischen der Uebergabe und der Besitztitelberechtigung lag. Die Bewegungen des Grundeigenthumes waren aber zur Zeit der Redaktion des Allgemeinen Landrechts, und viele Jahre nachher, nicht so rasch, daß in dem kurzen Verlaufe zwischen Uebergabe und Eintragung erhebliche Eigenthumsveränderungen mit der verkauften Sache vorgegangen und Kollisionen zwischen dem Rechte des Erwerbers und dem dritter Personen entstanden wären. Der rechtliche Unterschied zwischen Traditions-Eigenthum und Buch-Eigenthum kam daher wohl kaum zum Bewußtsein der Doktrin und der Judikatur. Nachdem aber die Zwangspflicht zur Besitztitelberechtigung aufgehoben worden war, stellte sich der Dualismus zwischen beiden Eigenthumsarten, dem Traditions-Eigenthume, als dem wahren, wirklichen, natürlichen Eigenthume und dem Buch-Eigenthume, als dem bürger-

---

[1]) §§. 135. ff. Th. I. Tit. 2. Allg. L.-R.

[2]) R. v. 19. Juni 1816, v. 27. Mai 1819, vom 26. März 1824. (Kamptz Jahrb., Bd. 8 S. 53. B. 13 S. 303. B. 43 S. 203.) Plenar-Beschluß des Ober-Trib. vom 7. Juli 1851. (Entsch. Bd. 21. S. 10.)

[3]) Bornemann in der Deutsch. Gerichtszeitung 1860. S. 86.

lichen, fingirten Eigenthume in seiner ganzen rechtlichen Konsequenz heraus. Ein großer Theil des Grundeigenthumes war Gegenstand des Verkehrs, ohne daß die Eigenthumsverhältnisse durch das Hypothekenbuch konstatirt waren. Der auf der Zwangspflicht der Besitztitelberichtigung beruhende Rechtssatz: [1] „der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer gilt für den wahren und alleinigen Besitzer und ist jedem Dritten gegenüber zu Dispositionen über das Grundstück bei dem Hypothekenbuche legitimirt," war eine nothwendige Folge des ursprünglichen System's der Preußischen Gesetzgebung, welche streng genommen nur das Buch-Eigenthum kannte, entsprach aber nicht dem Systeme, welches, nach Aufhebung jener Zwangspflicht ein doppeltes Eigenthum konstituirte, ein natürliches, d. i. das durch die Uebergabe, und ein civilrechtliches, d. i. das durch die Eintragung manifestirte Eigenthum. Dieser Dualismus in der Eigenthumstheorie hat zu folgenden verwickelten, rechtlich höchst eigenthümlichen, dem Laien kaum verständlichen und auch in der Wissenschaft noch vielfach angezweifelten Dogmen[2]) geführt:

1. ein rechtmäßiger Erwerbungstitel, mit hinzutretender Uebergabe, überträgt Eigenthum. Die Eintragung in das Hypothekenbuch hat diese Wirkung für sich allein nicht;
2. der in dem Hypothekenbuche eingetragene Besitzer gilt, vermöge rechtlicher Fiktion, als wahrer und eigentlicher Eigenthümer für alle Dispositionen mit Dritten;
3. der in dem Hypothekenbuche eingetragene Besitzer überträgt das Eigenthum auf den neuen Erwerber nur unter der Voraussetzung, daß er selbst Eigenthümer geworden ist, d. h. daß er im Naturalbesitze des Grundstückes sich befindet und daher die Uebergabe an den Erwerber bewirken kann;
4. das Eigenthum eines Grundstückes befindet sich bei dem wahren, nicht eingetragenen Eigenthümer, wenn derselbe im Naturalbesitze geblieben ist;
5. der eingetragene Eigenthümer, welcher den Besitz nicht hat, daher dem wahren, besitzenden Eigenthümer weichen muß, kann keine dingliche Rechte konstituiren, zu deren Existenz der Besitz erforderlich ist, also kein Eigenthum, kein Pfandrecht, keine Nutzungsrechte, wohl aber solche Rechte, zu deren Erwerbe, ohne Uebertragung des Besitzes, nur die Intabulation ausreicht, also Hypotheken, accessorische Forderungsrechte, die begründet werden ausschließlich durch den Akt der Eintragung.[3])

---

[1]) §§. 55. 92. Tit. 2. Allg. Hypoth.-Ord. §, 7. Tit. 10. Th. I. Allg. L.-R.

[2]) §§. 6. ff. Th. I. Tit. 10. Allg. L.-R. Plen.-Beschl. des Ober-Tr. vom 16. März 1854. (Entsch. B. 27. S. 287. Strieth. Arch. Bd. 12. S. 360. Just.-Min.-Bl. 1854. S. 171.)

[3]) §. 410 Th. I. Tit. 20. Allg. L.-R.

Die Anwendung dieser Rechtssätze auf die nothwendige Subhastation [1]) und auf den Fall der Kollision mehrerer Eigenthumsprätendenten [2]), sowie die Verpflichtung des vindicirenden Buch-Eigenthümers zum Nachweise seines Eigenthumes durch Darlegung der causa und traditio, dem wahren Eigenthümer gegenüber [3]), sind nur rechtliche Konsequenzen jener dogmatischen Sätze.

Diese ganze Lehre vom Eigenthumserwerbe, an sich schon komplicirt, kontrovers [4]) und rechtsverletzend für den Erwerber eines Grundstückes, der im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches gekauft hat, wird aber noch verwickelter, unsicherer und schwankender durch den, in Lehre und Praxis, unbestimmten Begriff von Besitz; durch die jeder Publizität entbehrende, oft in rechtlicher Fiktion (Anweisung, traditio brevi manu, constitutum possessorium,) beruhende, oft auch nicht einmal zur Ausführung gekommene, oder nicht zum Zweck des Eigenthumsbesitzes erfolgte Thatsache der Uebergabe; durch den Einfluß der mala fides, d. i. der Kenntniß von dem persönlichen Rechte eines Anderen, auf die rechtliche Stellung des Erwerbers und auf die Wirkung der Eigenthumsübertragung; denn, wer es weiß, daß der eingetragene Besitzer nicht der wahre Eigenthümer ist, kann zum Nachtheile des letzteren kein Eigenthum erwerben; ja sogar wer zur Zeit der Uebergabe oder Eintragung den früher entstandenen Titel, also das persönliche Recht eines Anderen zu der Sache kennt, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen [5]). Dabei ist der Begriff der mala fides an sich und nach der Zeit der Existenz oft so schwer zu fixiren, so wandelbar und unbestimmt [6]), daß schon durch diese Bestimmung allein die ganze Theorie für die Praxis gefährlich und unhaltbar wird.

Gleiche Grundsätze, wie für den Eigenthumserwerb, gelten im Allgemeinen auch für die Konstituirung dinglicher Rechte. Durch Obligationen werden Personen zu einander in Rechtsbeziehung und Rechtsabhängigkeit gesetzt; durch die Dinglichkeit wird eine bestimmte Sache das Objekt eines Rechts. Es entsteht eine obligatio rei; ein jus in re, ein dingliches Recht. Das wirksamste und kräftigste dingliche Recht ist das Eigenthum. Dasselbe stellt sich als die Totalität der Dinglichkeit dar. Alle übrigen dinglichen Rechte bilden nur Theile jener Totalität. Im Römischen Rechte sind die dinglichen Rechte auf eine bestimmte Zahl beschränkt. Im Germanischen Rechte hat sich das Prinzip

---

[1]) Erk. des Ober.-Trib. v. 11. Jan. 1861. (Entsch. Bd. 44. S. 77.)

[2]) §§. 18. Th. I. Tit. 10. Allg. L.-R.

[3]) Erk. des Ober-Trib. vom 17. März 1854. Striethh. Arch. Bd. 12. S. 257. Erk. v. 19. Juni 1857. (Entsch. Bd. 36. S. 74,) Erk. v. 4. Juli 1860. (Entsch. Bd. 44 S. 335).

[4]) Entw. eines Gesetzes über das Hypothekenrecht v. 1864. S. 26.

[5]) §§. 10. fl. 25. Tit. 10. §. 5. Tit. 19. Thl. I. Allg. L.-R.

[6]) Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts. B. 8. S. 580.

der Dinglichkeit in eigenthümlicher Weise ausgebildet. Insbesondere hat die Lehre von den Realservituten, von den Dienstbarkeiten, jura praediorum, und von den Reallasten, unter dem Einflusse alt Germanischer Rechtszustände, eine freiere Richtung genommen[1]). Auch das Preußische Allgemeine Landrecht ist diesem Entwicklungsgange gefolgt. Persönliche Rechte, Obligationen, verpflichten eine bestimmte Person zu Gunsten eines bestimmten Berechtigten; das Objekt der Obligation, das in einem dare, solvere und credere bestehen kann, bildet den Inhalt des persönlichen Rechts.[2]) Durch das Prinzip der Dinglichkeit wird eine bestimmte Sache in Rechtsbeziehung zu einer Person gesetzt; es wird, wie bei der Obligation die Freiheit des Willens des Verpflichteten, so die natürliche Freiheit der Sache zu Gunsten eines bestimmten Rechtssubjekts beschränkt. Denn dinglich heißt ein Recht, dessen Gegenstand eine Sache ist, ohne Rücksicht auf die Person, bei welcher sich die Sache befindet.[3]) Während persönliche Rechte verfolgbar sind nur gegen die Person des Verpflichteten, actio in personam, gewähren dingliche Rechte eine Klage gegen jeden dritten Besitzer, actio in rem.[4]) Der Erwerb eines dinglichen Rechts setzt, wie der Erwerb des Eigenthumes, voraus:

a) ein vorhergehendes Recht zur Sache, eine causa obligationis, einen Titel, und

b) eine Erwerbungsart, modus acquirendi, d. i. eine äußere Handlung oder Begebenheit, durch welche das Recht auf die Sache erworben wird.[5])

Jedes Recht zur Sache kann daher durch den Hinzutritt dieser Erwerbungsart zu einem dinglichen, zu einem Rechte auf die Sache umgestaltet werden. Jene äußere Handlung und Begebenheit, welche die Dinglichkeit begründet, wird dargestellt durch die Uebergabe, die Einräumung des Besitzes. Das Erkennungszeichen der Dinglichkeit eines Rechts ist daher zunächst der Besitz der Sache, an welcher das Recht geübt wird. Bei Grundstücken wird die Dinglichkeit begründet durch die Eintragung in das Hypothekenbuch.[6])

Es giebt aber Rechte an Grundstücken, die zwar auf einem Privatrechtstitel beruhen, aber dinglich sind auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch, und für welche die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht den Erwerbungsakt, sondern nur einen Akt der Veröffentlichung bildet. Denn wie der Besitz für die Eigenthumsfrage prävalirt, so daß der eingetragene Besitzer dem wahren, nicht eingetragenen Eigenthümer, der sich im Besitze befindet, weichen muß,

---

1) Mittermaier a. a. O., B. 1, §. 166.
2) §. 122, Th. I, Tit. 2, Allg. L.-R.
3) §§. 125 f., Tit. 2, §. 2 f., Tit. 19, Th. I, Allg. L.-R.
4) §. 137, Tit. 2, §. 7, Tit. 19, Th. I, Allg. L.-R.
5) §. 131 f., Tit. 2, Th. I, Allg. L.-R.
6) §. 135, Tit. 2, §. 19, Tit. 4, §. 8, Tit. 20, §. 4, Tit. 21. Allg. L.-R.

so ist auch der Besitz, das spezifische Merkmal der Dinglichkeit, maßgebend und entscheidend für die Kollision von Eigenthums- und anderen Rechten. Andererseits giebt es wieder Belastungen, die gleichsam vermöge allgemeinen Gesetzes auf bestimmten Grundstücken haften und daher einen öffentlichen Karakter in sich tragen. Auch solche Verbindlichkeiten sind an sich, von Natur, ohne Besitz und ohne Eintragung, dinglicher Qualifikation und gehen auf jeden Besitzer des verpflichteten Grundstückes über. Es haftet daher der Karakter der Dinglichkeit ohne Eintragung in das Hypothekenbuch an den Gebrauchs- und Nutzungsrechten, z. B. den Altentheils-, Wohnungs- und Nießbrauchsrechten, mit denen der Besitz verbunden ist;[1]) den Grundgerechtigkeiten, welche aus der Existenz einer fortwährenden Anlage für Jeden erkennbar sind, oder durch welche der Nutzungsertrag des belasteten Grundstückes nicht geschmälert wird;[2]) den beständigen Abgaben und Lasten, welche von den Grundstücken derselben Art allgemein entrichtet werden[3]) Rechte dieser Art, durch Gesetz und Besitz geschützt und zur Publizität gebracht, muß daher der neue Erwerber eines Grundstückes, auch ohne Eintragung und ohne vorgängige Notifikation und Wissenschaft, anerkennen und gegen das Grundstück gelten lassen.

Die Eintragung von Rechten in das Hypothekenbuch hat, wie die Eintragung des Eigenthumes, nur einen publizistischen, konfirmatorischen Karakter. Das eingetragene Recht soll für Jedermann erkennbar und auch Dritten gegenüber geschützt werden[4].) Die Rechtsbeständigkeit der Eintragung selbst hängt von der Qualität des Rechtstitels ab. Die Intabulation ist daher nicht der Rechtsgrund des Anspruches,[5]) sondern sie setzt einen Titel voraus, durch welchen der eingetragene Anspruch rechtliche Existenz erhält.

Auch für den Erwerb dinglicher Rechte ist, wie bei dem Eigenthumserwerbe, die Schlechtgläubigkeit von großem Einflusse. Wer es weiß, daß der eingetragene Besitzer nicht der wahre Eigenthümer des Grundstückes ist, kann durch die Eintragung dem wahren Eigenthümer gegenüber keine Rechte erwerben. Ja selbst derjenige, dem zur Zeit der Eintragung das, zu derselben Sache erlangte persönliche Recht eines Anderen bekannt gewesen ist, kann sich seines dinglichen Rechts gegen den letzteren nicht bedienen.[6]) Der Schutz des öffent-

---

[1]) §. 135, Tit. 2, §. 169 f., Tit. 7, §. 2, Tit. 21, Allg. L.-R. Erk. des Ob.-Trb. vom 29. Novbr. 1849. (Entsch. B. 15, S. 316), vom 22. Septbr. 1853. (Strieth. Archiv, Bd. 10, S. 323), vom 16. Februar 1859 (Archiv a. a. O., B. 12, S. 348) vom 8. April 1861. (Entsch. B. 46, S. 371).

[2]) §. 16 f., Th. I, Tit. 22, Allg. L.-R.

[3]) §. 48, Tit. 2, Hypoth.-Ordn. Vgl. meine Hypoth.-Ordn., S. 15.

[4]) §. 137, Tit. 2, §. 19, Tit. 4, §. 265, Tit. 11, Th. I, Allg. L.-R.

[5]) §§. 11 f., 415. 422 f., Th. I. Tit. 20 Allg. L.-R.

[6]) §§. 3, 4 f., 630, Tit. 20, §. 359, Tit. 21, Th. I, Allg. L.-R. Präj. 932. vom 19. Oktober 1840. Erk. vom 12. Juni 1843. (Entsch. B. 9, S. 25.)

lichen Glaubens des Hypothekenbuches wird nur dem gutgläubigen Erwerber zu Theil. Der Dritte, welcher sich bei dem Erwerbe in mala fide befunden, muß daher auch persönliche Rechte, Rechte zur Sache, und zwar Eigenthumsrechte sowohl, als Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche sonst zur Dinglichkeit der Eintragung bedürfen, anerkennen, und sich auch nicht eingetragene Einreden aus der Person des Auktors und aus dem unterliegenden Geschäfte gefallen lassen. Ja selbst ein bloßes Versehen, ein Mangel an Aufmerksamkeit, culpa, ist von wichtiger Bedeutung für Eigenthum und Recht. Die Pflicht der Deligenz für den Erwerber eines dinglichen Rechts ist eine fast ungemessene, indem sie sich nicht allein auf den Inhalt des Hypothekenbuches, sondern auch auf den Inhalt der Dokumente, ja selbst auf die Anstellung weiter gehender Ermittelungen erstreckt.[1])

Das Grundeigenthum, die wichtigste und einflußreichste Art des Vermögens, tritt daher nach dem Systeme des Allgemeinen Landrechts zurück, und die Hypothekenverfassung gewährt nur einen geringen Schutz. Neben dem Eigenthume existirt eine ungezählte Menge dinglicher Rechte, die außer dem Hypothekenbuche das Grundeigenthum belasten und ihre rechtliche Existenz in der unsicheren Thatsache des Besitzes und in der wandelbaren Lehre von der Schlechtgläubigkeit finden. Selbst rein persönliche Rechte leiten ihren Bestand und ihre Priorität aus der mala fides des Erwerbers her und machen dem Besitzer Eigenthum und Recht streitig.

Eine Ausnahme in diesem Rechtssysteme bilden, und auf das richtige Verhältniß sind zurückgeführt die eigentlichen Hypotheken, die accessorisch-dinglichen Forderungsrechte, für welche die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht ein Akt der Veröffentlichung, sondern der Erwerbungsakt selbst ist, und welche, nach der Zeit ihrer Eintragung, neben einander bestehen und zur Geltung kommen. Eine Verpfändung, ohne Intabulation, begründet daher keine Dinglichkeit und kein Vorzugsrecht, und selbst die Wissenschaft des Erwerbers oder eines Hypothekengläubigers von der Existenz eines solchen persönlichen Rechts, als Titel der Hypothek, ist ohne Einfluß auf das später erworbene Eigenthum oder Hypothekenrecht. Eine Kollision dinglicher Rechte mit einem persönlichen Rechte, das nur einen Titel zur Hypothek giebt, kann daher nicht eintreten.[2])

Gegen diese Nachtheile einer verwickelten, kontroversen und kaum hatbaren Eigenthums- und Hypothekenrechts-Theorie gewährt das Gesetz zwar einigen

---

[1]) §. 15, Tit. 7, §§. 423. 522. Tit. 20, Th. I. §. 53 Anh. Allg. L.-R., §§. 15. 17. Ges. v. 24. Mai 1853. Entsch. Bd. 46, S. 126.

[2]) §§. 411 f., 438, Th. I, Tit. 20 Allg. L.-R., §. 30, Tit. 1, Hypoth.-Ordn. Erk. v. 18. Juni 1843. (Entsch. Bd. 9, S. 25).

Schutz durch ein öffentliches Aufgebot und durch Präklusion.[1]) Der Erwerber eines Grundstückes kann die Eigenthumsprätendenten und diejenigen, welche nicht eingetragene Realansprüche zu haben vermeinen, zum Zwecke der Präklusion öffentlich vorladen lassen. Allein dieses Mittel ist kostspielig, weitläufig und auch unzureichend; denn durch die Anmeldung solcher Ansprüche wird die Lage des Erwerbers noch kritischer. Außerdem aber soll die Präklusion wieder nicht von Wirkung sein gegen den, im Besitze befindlichen Eigenthumsprätendenten, weil er thatsächlich kein unbekannter Gläubiger sei, und in Ansehung der Grundgerechtigkeiten, Lasten und Abgaben, weil diese nicht accessorisch, sondern, auch ohne Eintragung, von selbst dinglicher Natur sind.[2])

---

§. 3.

Das Preußische formelle Hypothekenrecht und Zwangsverkaufsrecht.

Die Verwaltung des Preußischen Hypothekenwesens liegt in den Händen von Richterkollegien und ressortirt vor den zweiten Abtheilungen der Kreisgerichte. Für den Umfang ihres Bezirkes sind die Gerichtskommissionen und Gerichtsdeputationen kompetent, mit der Beschränkung, daß ihnen die Führung des Hypothekenbuches über die Rittergüter entzogen ist. Dieselbe liegt den Kreisgerichten ob, insoweit sie nicht ausnahmsweise den Gerichtsdeputationen übertragen ist.[3]) Das Hypothekenbuch ist nicht blos ein Pfandbuch, d. h. es soll nicht blos die Rechte Dritter an ein Grundstück, die Hypotheken, die accessorischen Verpflichtungen desselben, zur Publizität bringen, sondern es ist gleichzeitig auch ein Grundbuch, d. h. es soll unter öffentlicher Autorität auch das Eigenthum an einem Grundstücke feststellen. Die letztere Bestimmung ist jedenfalls die wichtigere; denn von der Sicherheit und Identität des Grundeigen-

---

[1]) §. 92, Tit. 2, Hypoth.-Ordn., §. 54, Th. I, Tit. 15, Allg. L.-R. §§. 102 f., Tit. 51, Przß.-Ordn.

[2]) Erk. des Ober-Tribunals vom 18. Nov. 1852. (Entsch. Bd. 23, S. 418.) Erk. des Ober-Tribunals vom 11. Januar 1861. (Entsch. Bd. 44, S. 77.) Meine Allg. Hypotheken-Ordnung (2. Auflage) S. 66. 67. Meine Preußische Subhastationsgesetzgebung in ihrer gegenwärtigen Geltung mit Vorschlägen zur Verbesserung. Breslau, Wilh. Gottl. Korn, 1861. S. 63. 180.

[3]) §. 1, Tit. 1, Hypothek.-Ordn. Gesetz vom 2. Januar 1849, (Ges.-Samml. S. 1), Gesch.-Regul. v. 15. Juli 1850, (Just. Min.-Bl. S. 233). Allg. Verf. v. 27. Oktober 1851, (Just. Min.-Bl. S. 347.)

thumes hängt der Werth der accessorischen dinglichen Rechte zumeist ab. Eigenthum und Hypothek sind daher in gegenseitiger Wechselwirkung stehende Begriffe; denn die Hypothek setzt Eigenthum voraus und findet in dem Eigenthume ihren Bestand und ihre endgültige Realisirung.

Der Richter hat die Eintragungsanträge und Eintragungsurkunden, nach Form und Inhalt, zu prüfen; Anstände, welche der Eintragung entgegenstehen, sachgemäß zu erledigen; die Eintragungen nach Vorschrift des Gesetzes zu bewirken und für die Legalität der eingetragenen Akte zu sorgen. Eine Vernachlässigung dieser Pflicht zieht möglicher Weise eine Vertretung nach sich. Die innere Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit der von den Parteien vorgenommenen Handlungen, auf Grund deren die Eintragungen vorgenommen werden, hat der Hypothekenrichter nicht zu vertreten, er hat aber die äußere Legalität zu garantiren.[1]) Die Einschreibungen in das Hypothekenbuch, auf Grund schriftlicher Befehle, besorgt, unter Verantwortlichkeit des Richters, der Ingrossator. Die Hypothekenbücher werden Ortschaftsweise geführt. In größeren Ortschaften sind die Wohnhäuser und Landungen in der Regel von einander getrennt eingetragen. Die Eintragungen erfolgen nach fortlaufenden Nummern. Die Vereinigung mehrer, in derselben Feldflur belegener Grundstücke eines und desselben Besitzers auf einem Folium ist erlaubt und im Interesse des Hypothekenverkehrs wünschenswerth. Das Hypothekenbuch enthält, außer einem Titelblatte, drei Rubriken mit verschiedenen Kolonnen für die Eintragungen. Das Titelblatt ist zur Aufnahme historischer Nachrichten über die Größe, den Umfang und die Qualität des Grundstückes bestimmt. Die Notizen auf demselben haben jedoch zumeist keinen offiziellen Karakter und verlieren, bei dem Mangel eines Katasters, wesentlich an Wichtigkeit. In der ersten Rubrik wird der Name des Besitzers, unter Angabe des Rechtsgrundes für den Eigenthumserwerb, vermerkt. In die zweite Rubrik werden die dauernden Belastungen und Beschränkungen, in die dritte Rubrik die Schulden eingetragen.

Die Eintragungen erfolgen nur auf Grund öffentlicher, gerichtlicher oder notarieller, Urkunden. Der Richter ist, in großem Umfange, auch zu Eintragungen von Amtswegen verpflichtet, insbesondere, sobald die Urkunden für eine Beschränkung des Eigenthumes Anhalt geben.[2]) Die Vorrechts-Ordnung regelt sich nach der Zeit der Präsentation des Eintragungsantrages, in oft verwickelter und wenig zuverlässiger Weise.[3]) Ueber jede Eintragung wird, insoweit darauf nicht verzichtet worden ist, ein Hypothekeninstrument ausgefertigt, welches gebildet wird durch die Urkunde, welche das eingetragene Recht begründet,

---

[1]) Meine Hypoth.-Ordn. S. 29.
[2]) Meine Hypoth.-Ordn. S. 59 f.
[3]) Meine Hypoth.-Ordn. S. 34 f.

und durch den über die erfolgte Eintragung ertheilten Hypotheken=Buchs=Auszug. Andere Schriftstücke, durch welche die Legitimation oder der Uebergang eingetragener Rechte bewirkt wird, werden dem Instrumente nach neuerer Vorschrift nicht angeheftet. Das Protestationswesen ist zumeist durch Vermittlung des Prozeßrichters geregelt. In einzelnen Fällen findet die Eintragung von Protestationen aber auch auf unmittelbaren Antrag, selbst von Amtswegen, statt.[1]) Zur Erleichterung der Regulirung des Hypothekenwesens ist für die Anlegung neuer Folien ein vereinfachtes Verfahren vorgeschrieben durch die Allerh. Kabinets=Ordre vom 9. Mai 1839. (Gesetz=Samml. S. 163), und dieses Verfahren durch das Gesetz vom 7. März 1845. (Gesetz=Samml. S. 160) auch auf den Fall ausgedehnt, wenn der Besitzer eines bereits in das Hypothekenbuch eingetragenen Grundstückes sein Recht von einem anderen, als dem zuletzt eingetragenen Besitzer herleitet.[2]) Zum Schutze und zur Begründung von Real= und Hypothekenrechten an Grundstücke, für welche ein Hypothekenbuch noch nicht angelegt ist, hat die Verordnung vom 16. Juni 1820. (Gesetz=Samml. S. 106), und die Deklaration vom 28. Juli 1838. (Gesetz=Samml. S. 428) ein sehr bedenkliches Rekognitionssystem über die Anmeldung von Realrechten aufgestellt.[3])

Die Agrareinrichtung in dem Herzogthume Sachsen und in dem Herzogthume Westphalen hat eine etwas veränderte Hypothekeneinrichtung, im ersteren für s. g. Wandeläcker, im letzteren für das Katasterwesen nothwendig gemacht.

Das Zwangsverkaufsrecht in seiner Anwendung auf Grundstücke ist geregelt durch die Vorschriften der Allgemeinen Prozeß=Ordnung, Tit. 52. über die nothwendige Subhastation, und durch die Zusatzverordnung vom 4. März 1834. Die letztgenannte Verordnung hat das Verfahren vereinfacht, eng begrenzt und ihm einen festen, geregelten Gang gegeben. Der Verkauf wird, unter Zugrundelegung einer Taxe, durch den Prozeßrichter geleitet, erhält seinen Abschluß durch ein Zuschlagserkenntniß und seine völlige Erledigung durch eine einfache Vertheilung der Kaufgelder unter die Gläubiger nach Ordnung ihrer Vorrechte. Das Zuschlagserkenntniß ist im Wege des Rekurses bezieh. der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar. Das Rechtsmittel hält die Vertheilung der Kaufgelder nicht auf. Erfolgt die Zahlung des Kaufgeldes in dem Termine nicht baar, so wird dasselbe den zur Hebung kommenden Gläubigern übereignet, und der übereignete Betrag mit Zinsen in das Hypothekenbuch auf Requisition des Subhastationsrichters eingetragen. Aus dem Zuschlagserkenntniß können die

---

[1]) Meine Hypoth.=Ordn. S. 119.
[2]) Meine Hypoth.=Ordn. S. 238.
[3]) Meine Hypoth.=Ordn. S. 92. 273.

Gläubiger wegen der nicht gezahlten Kaufgelder gegen den Käufer, wie aus jedem Judikate, die Exekution, aber auch den Wiederverkauf des subhastirten Grundstückes beantragen. Die vereinfachten Formen der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834. wurden aber vielfach beeinträchtigt durch die unharmonischen Satzungen der Allgemeinen Gerichtsordnung, durch ein eingreifendes, ungeregeltes Widerspruchsrecht gegen die Subhastation und den Zuschlag und durch die unzeitgemäßen Privilegien der Rittergüter.

---

§. 4.

Die Verhältnisse des Geld- und Hypothekenmarktes und die Beeinflussung desselben.

Der Kredit wird nicht bewilligt ohne Garantie für die Wiedererstattung, sondern in den allermeisten Fällen auf Grund einer gewissen Sicherheit für die pünktliche Erfüllung einer übernommenen Zahlungspflicht. Diese Sicherheit beruht entweder ausschließlich auf der Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitwilligkeit des Schuldners, Personal-, Individual-Kredit, oder auf einem bestimmten Werthobjekte, Realkredit. Besteht diese Sicherheit für den geleisteten Kredit in einem Grundstücke, so nennt man denselben „Immobiliarkredit." Es ist daher ein jeder, auch der kaufmännische, persönliche Kredit in gewisser Beziehung immer auch ein objektiver, d. h. man zieht in Betracht und berücksichtigt neben der persönlichen Zuverlässigkeit des Schuldners dessen reale Vermögensverhältnisse. Der Kapitalist, also derjenige Stand, welcher durch Bewilligung von Darlehen und Vorschüssen sein Vermögen anlegt und nutzt, macht bei dem Ausleihen von Geldern eine zwiefache Voraussetzung:

1. die unbedingte Sicherheit der Rückzahlung,
2. die pünktliche Entrichtung der Zinsen.

Nur wenn beide Voraussetzungen zusammentreffen, ist das Geld gut und sicher placirt.

Nach der Güte dieser Sicherheit wird auch die Vergütung, die Gegenleistung, der Zinssatz ermessen und festgestellt, welcher für die Benutzung des Geldes gefordert wird und gegeben werden muß. Je größer die Gefahr ist, welche der Gläubiger übernimmt, um so höher sind die Opfer, welche der Schuldner für die Bewilligung des Kredits bringen muß. Ein zuverlässiger, solider und pünktlicher Schuldner hat billigeren Kredit, als der unsichere und unsolide Schuldner.

Der Immobiliarkredit regelt sich nach anderen Grundsätzen, als der persönliche, kaufmännische und merkantile Kredit. Der Handelsstand ist darauf angewiesen, Kredit zu geben und zu nehmen. Die Konkurrenz in dem merkantilen Verkehre ist so bedeutend und mächtig, daß ein Geschäft ohne Kreditbewilligung auf längere Zeit nicht bestehen, nicht arbeiten kann. Es wird den Geschäftskunden und Geschäftsfreunden usancemäßig eine Kreditzeit bewilligt und ihnen, nach alt hergebrachter Sitte, Gelegenheit gegeben, aus dem Verkaufe der kreditirten Waare selbst die Mittel zur Bezahlung zu gewinnen. Durch diese, freilich durch einen verhältnißmäßigen Aufschlag auf das Kaufgeld, denn unentgeltlich ist der solide Kredit selten, erkaufte Begünstigung wird die Gründung neuer Geschäfte mit geringen Mitteln ermöglicht, der Handelsverkehr vermehrt und dem Talente durch Benutzung glücklicher Konjunkturen ein weites Feld der Thätigkeit eröffnet. Ein vortreffliches, alt bewährtes Mittel des Kaufmannsstandes, den Kredit zu nutzen, Sicherheit zu geben und die Fonds für günstige Unternehmungen billig herbeizuschaffen, — ist der Wechsel. Die Schnelligkeit des kaufmännischen Verkehrs, die rasche Bewegung des Geldes, der vervielfältigte und vermehrte Umsatz, die Nothwendigkeit zur Benutzung der Konjunkturen, — alle diese Momente bringen es aber von selbst mit sich, daß der kaufmännische Kredit weniger der Höhe, als der Zeit nach, in enge Grenzen eingeschlossen ist. Ein langer Kredit liegt nicht in dem Zwecke und in dem Bedürfnisse der Handlung. Die Einfachheit und Uebersichtlichkeit der kaufmännischen Buchführung wird durch das Prolongiren gestört, die Arbeit des Geschäfts vermehrt und das Gleichgewicht der Betriebsmittel aufgehoben.

Von ganz anderen Interessen wird der Immobiliarkredit geleitet. Der Grundbesitzer braucht fremdes Geld, entweder zum Ankauf oder zur Bewirthschaftung der Güter. Wie der Grund und Boden durch seine eigene Schwere das Prinzip der Unbeweglichkeit vertritt, so sind auch die Verhältnisse des Grundeigenthumes für den Verkehr und den Kredit stabil und minder beweglich, als die Beziehungen des merkantilen und industriellen Lebens. Der Landmann saet und erntet zu fest bestimmten Zeiten, und nicht Fleiß und Konjunktur können jene Zeiabschnitte wesentlich ändern. Die Früchte des Landbaues reifen langsam heran, und nur ein kleiner Theil kann zum Markte gebracht und dort verwerthet werden. Der größte Theil wird zur Erhaltung und Kräftigung der Agrikultur in der Wirthschaft selbst verzehrt. Der reine Gewinn vom Grundeigenthume ist daher, wenn nicht industrielle glückliche Unternehmungen die Rentabilität erhöhen, selbst in einer günstig und gut organisirten Wirthschaft im Ganzen nicht sehr erheblich. Und die Betriebs- und Bewirthschaftungskosten steigen, bei dem Mangel an Arbeitskräften und der Vertheuerung der Arbeitslöhne, mit jedem Jahre in unverhältnißmäßiger Progression. Kapitalien, welche

zur Verbesserung von Wirthschaftseinrichtungen, zur Anlage von industriellen Etablissements, zur Abstoßung von Schulden nothwendig sind, können somit in den meisten Fällen nicht aus den Revenüen des Gutes genommen, sondern nur durch Belastung der Substanz, durch Verschuldung herbeigeschaft werden. Während der merkantile Kredit leicht und kurz ist, die Wechselform auch durch Realisation vor dem Verfalle die Möglichkeit giebt, die Valuta schnell und ohne Verlust flüssig zu machen, bringen es die Verhältnisse des Grundeigenthumes mit sich, daß der Immobiliarkredit schwerfällig, lang und kostspielig ist. Ein Kredit auf kurze Zeit vergrößert die Verlegenheit des Landwirths und vertheuert das Geld. Kündigung zu unverhoffter Zeit stört die Ruhe des Grundbesitzers, führt zu immer größeren Opfern und endlich zum Ruin. Nur ein geordneter, regelmäßiger, die natürlichen Quellen der Landwirthschaft nutzender, den Einkünften des Gutes nicht vorgreifender Gang einer verständigen und rationellen Gutsverwaltung bietet die Möglichkeit, den Immobiliarkredit in richtiger Höhe zu erhalten und die Interessen des Grundeigenthumes dauernd sicher zu stellen. Allein dieser glückliche Zustand, gestützt auf Fleiß, Solidität, richtigem Vermögensverhältnisse und Dauerhaftigkeit des Besitzes, hat seit langer Zeit, — in der neuesten Zeit haben sich die Verhältnisse etwas günstiger gestaltet, — zum Theil aufgehört, in einer Zeit, in welcher man sich daran gewöhnt hat, Alles, und daher auch das Grundeigenthum, zum Gegenstande übertriebener, oft leichtsinniger Spekulation zu machen. Man kauft zumeist nicht ein Gut, um es zu besitzen, zu verbessern und es der Familie zu erhalten, sondern man sieht den Gutskauf als eine Spekulation an, entweder um sein Kapital in Grundbesitz günstig anzulegen, oder um, vielleicht mit fremden Mitteln, ein gutes Kaufgeschäft zu machen, das erkaufte Gut aber bei nächster Gelegenheit mit Vortheil weiter zu veräußern. So hat manches Gut in kurzer Zeit vielfach seinen Herrn gewechselt. Ein Jeder hat oft unverhältnißmäßig Gewinn gemacht, und durch den Reiz gleichen Gewinnes sind die Güter, in übertriebener Spekulation, weit über die Grenze ihrer Ertragsfähigkeit und Rentabilität hinaus, in dem Preise gestiegen. Oft mit den geringsten Mitteln, im Vertrauen auf eigene Intelligenz und Kraft, werden die bedeutensten Güter erworben, eine Zeit lang besessen, bei mangelnder günstiger Verkaufsgelegenheit, bis an die Grenze der Möglichkeit, mit Schulden belastet, zuletzt, wegen Mangels an Betriebskapital und Kredit, deteriorirt und, wenn Alles zu Gelde gemacht worden ist, zum Schaden und zum Verluste der Hypothekengläubiger, oft weit unter dem Erwerbspreise, im Wege der Exekution verkauft. Die Ansprüche dieses unsoliden, schwindelhaften Güterverkehrs an den Kredit, an die Gutgläubigkeit des Kapitalisten, sind unrealisirbar. Oft, im letzten Augenblicke der Existenz, sucht sich der verschuldete Grundbesitzer, unter Vorlegung neuer, künstlich in die Höhe geschraubter Taxen, noch durch neue Kapitalien zu retten, und befördert durch die

Größe der Opfer, mit denen er den Kredit erkauft, nur um so sicherer seinen Ruin und den Verlust Anderer.

Unter diesen Nachtheilen einer unsoliden, jeder realen Basis entbehrenden Güterspekulation hat auch der solide Güterverkehr und der Immobiliarkredit im Allgemeinen gelitten. Die Kapitalien sind für den Grundbesitz immer knapper geworden, und selbst die Freigebung des Zinsfußes, von welcher der solide Immobiliarverkehr überhaupt nur einen sehr eingeschränkten Gebrauch machen kann, ist nicht im Stande gewesen, dem Grundbesitze die nöthigen Kapitalien flüssig zu machen und zuzuführen. Die Unsicherheit des Immobiliarkredits bei der Beweglichkeit der Güterpreise; die Verluste der Kapitalisten bei der Realisation der Hypothekenforderungen; der Zustand der Hülfslosigkeit, in welchem der Gläubiger, dem nachtheiligen Gebahren des Besitzers gegenüber, sich befindet; der Mangel an Vertrauen in die Europäische Staaten-Situation, — alle diese Umstände sind dem Hypothekenmarkte nicht günstig. Zu diesen schon an sich wichtigen und einflußreichen Momenten treten aber noch andere, nicht minder bedeutsame Beeinflussungen des Immobiliarkredits und zwar:

1. die Lage des Geldmarktes überhaupt. Während in früherer Zeit, und noch in den ersten Dezennien dieses Jahrhunderts, alles Kapital in guten und sicheren Hypotheken seine Anlage suchte, — denn in- und ausländische Werthpapiere existirten nur wenige, — hat sich in der neueren Zeit ein unermeßliches Feld für die Wechsel- und Fondsspekulation eröffnet, das für die Anlage großer und kleiner Kapitalien leichte und sichere Gelegenheit darbietet. Inländische und ausländische Staats- und Korporationspapiere in unzähliger, täglich fast noch vermehrter, und immer neuen Reiz und erhöheten Vortheil darbietender Menge und Mannigfaltigkeit, leiten auch die Gelder des Privatmannes in die Kanäle der Spekulation, die nebenbei noch von Vielen als eine angenehme, anregende, die Unterhaltung des Glückspiels gewährende Beschäftigung betrachtet wird. Kapitalien mit langem Zahlungsziel und festem Zinsfuße entsprechen nicht mehr dem spekulativen Karakter der Zeit, der Leidenschaft nach Reichthum, dem Jagen nach raschem und leichtem Gewinn. Man wechselt und changirt die Vermögensanlagen, nach Spekulation und Berechnung, an einem Börsentage in mannigfacher Weise; man vertauscht und verkauft die Fondspapiere mit Gewinn oder, in der Hoffnung auf höheren Gewinn, selbst mit augenblicklichem Verlust, und berechnet bei jedem Geschäfte, was gewonnen und verloren ist. Mit einem Worte: die Welt spekulirt und mobilisirt Alles in der Hoffnung, in kürzester Zeit recht viel Geld zu verdienen. Das große und das kleine Kapital schlägt dieselben spekulativen Wege ein. Wer nicht selber an der Börse arbeiten mag, der vertraut sein Geld spekulativen Händen an.— Daß bei dieser Richtung des Geldmarktes wenig Geschmack für den langsamen, schwerfälligen und trockenen Hypothekenverkehr vorhanden ist, das erscheint sehr ver-

ständlich. Nur reiche, nicht spekulative Geldinstitute und gerichtliche Depositorien bieten noch einige Gelegenheit zu Hypothekenanlagen; allein die baaren Fonds der gerichtlichen Depositorien werden, bei der großen Anzahl depositalmäßiger Sicherheitspapiere und bei der mit jedem Jahre wachsenden Zahl der Auswanderungen, immer geringer und können das Hypothekenbedürfniß lange nicht befriedigen. Es existiren zwar Geld- und Hypothekeninstitute, landschaftliche und andere Kreditvereine, welche das Bedürfniß nach Hypothekenkapital durch Darlehen und Garantieleistung zu befriedigen und zu erleichtern suchen; allein abgesehen davon, daß diese Hülfe zum Theil nur dem privilegirten Grundbesitze offen steht, ein großer Theil des Grundeigenthumes daher davon ausgeschlossen ist, so sind jene Institute auch theilweise nach veralteten Prinzipien geregelt, theilweise aber kostspielige, auf den Gewinn der Aktionäre berechnete spekulative Hülfskassen;

2. das kleine Kapital und selbst größere Summen vereinigen sich in den heilsamen Sammelplätzen der Sparkassen, und werden dadurch dem Hypothekenverkehre entzogen;

3. die Industrie, welche einen Höhe- und Glanzpunkt erreicht hat, wie niemals früher, absorbirt für ihre Zwecke unermeßliche Kapitalien und vermindert dadurch die Flüssigkeit für den Immobiliarkredit;

4. der mit jedem Tage gesteigerte Luxus, das Bedürfniß nach Wohlleben, die Vermehrung der Bedürfnisse für alle Lebensbeziehungen vermindert die Fonds für dauernde Anlagen und sucht nur hohe, sofort realisirbare Spekulationsgeschäfte. Es trägt aber auch endlich

5. an dieser Kalamität des Realkredits Schuld der materielle und formelle Rechtszustand. Dem Handel- und Verkehrsbedürfnisse hat die Gesetzgebung Rechnung getragen auf dem Gebiete des formellen und materiellen Rechts: ein beschleunigtes Prozeßverfahren, zum Theil vor Handelsgerichten, und ein einfaches, präzises, in sich abgeschlossenes Wechsel- und Handelsrecht sichern die Interessen des Verkehrs und befreien den Handelsstand von den Belästigungen eines langsamen, formenreichen und verwickelten Rechtsganges. Durch das handelsrechtliche Prinzip der Abstraktion, d. i. die Befreiung eines Forderungsrechts von dem unterliegenden Rechtsgrunde und Verlegung der verbindenden Kraft in den äußeren Inhalt der Schrifturkunde, ist die merkantile Cirkulation der Vermögenswerthe erleichtert, und das Forderungsrecht befreit von den Mängeln, unter deren Einflusse es entstanden und auf Andere übertragen worden ist, und durch das Dogma der Solidarität ist den kaufmännischen Forderungen Festigkeit und Realisirbarkeit in sich selbst, unabhängig von jedem anderen Sicherungsmittel, gegeben worden. Für den Realkredit dagegen ist auf dem Wege der Gesetzgebung wenig geschehen. Das preußische Immobiliarrecht, d. i. das Recht, welches das Grundeigenthum schützen und für die Bewegungen des

Verkehrs geschickt machen soll, ist zum Theil auf Grundsätze basirt, die nur billig, angemessen und gerecht sind für eine Zeit, in welcher der Immobiliarverkehr nach einfachen und stabilen Verhältnissen verläuft. Der durch Beseitigung des Zwanges zur Besitztitel-Berichtigung die Sicherheit des Grundeigenthumes zersetzende Dualismus vom Buch-Eigenthum und Nichtbuch-Eigenthum benimmt der Eintragung des Eigenthumes jede Garantie und zerstört den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches; die Lehre über die Dinglichkeit der Rechte und das Dogma über die mala fides zersetzen das Eigenthum und vernichten die Sicherheit des Immobiliarverkehrs. Das Hypothekenbuch entbehrt, beim Mangel einer Katasterunterlage, jeder Zuverlässigkeit für den substantiellen Umfang des Gutes, und die rechtliche Möglichkeit, daß Pertinenzen ohne Abschreibung aus dem Gutsnexus ausscheiden, [1]) macht die Bewegungen des Grundeigenthumes unsicher und zum Gegenstande verwickelter Prozesse. Die Rechte des Eigenthümers und der Realgläubiger werden erschüttert durch die Kollision nicht eingetragener dinglicher und selbst persönlicher Rechte und abgeschwächt durch die Zuläſſigkeit der Einreden aus dem unterliegenden Rechtsgeschäfte. Es fehlen dem materiellen Rechte daher alle Garantien für die Sicherheit des Realkredits.

Außerdem ist aber auch das formelle Hypothekenrecht wenig geeignet, den raschen Bewegungen des Immobiliarverkehrs zu folgen. Das Prinzip der Legalität, d. i. die amtliche Garantie des Hypothekenrichters für die Rechtsgültigkeit der eingetragenen Akte, und der mit dieser Pflicht in Verbindung stehende Regreß erschweren die administrative Thätigkeit des Richters, führen oft zu ängstlichen Bedenken und übertriebener Vorsicht und daher zur Belästigung des Publikums. In vielen Fällen thut der Richter mehr, als nothwendig ist. Dadurch entstehen Aufenthalt und Kosten. Der Gang der kollegialischen Bearbeitung und der Verkehr in dem Hypothekenbüreau für Eintragung und Ausfertigung der Dokumente sind zeitraubend und beschwerlich. Durch die Hände vieler Beamte wandert ein Eintragungsantrag, bevor er erledigt und das Dokument zur Aushändigung fertig ist. Die Hypothekendokumente sind in ihrer äußeren Gestalt für die Cirkulation nicht beweglich; die Anheftung der Vertragsurkunde macht verantwortlich für die rechtlichen Mängel der causa obligationis und erschwert die Abstraktion von dem Entstehungsgrunde. Die Nothwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Uebertragungsurkunden belästigt die Bewegung und stört die Uebersichtlichkeit der Gläubigerschaft.

Auch das Zwangsverkaufs- und Vollstreckungsrecht in Grundstücke war der Verwirklichung von Hypothekenrechten und daher dem Realkredite nicht günstig.

---

[1]) Vgl. meine Hypoth.-Ordn. (2. Ausgabe) S. 11. 64.

Die Begünstigung von Rittergütern, unzuverlässige und langdauernde Abschätzungen, übermäßige Fristen und unzweckmäßige Formalitäten, der Einfluß verzöglicher Einreden, die Verhaftung des Grundstücks für nicht eingetragene Verpflichtungen, die Unzweckmäßigkeit der Rechtsmittel, die Unbestimmtheit der Berufungsgründe, die Anfechtbarkeit des Eigenthumserwerbes durch Dritte, die Kostspieligkeit des Verfahrens, — alle diese Umstände mußten vorsichtige Kapitalisten abhalten und bedenklich machen, ihre Gelder den unsicheren Chancen des Realkredits anzuvertrauen.

Diese Mängel der Immobiliar- und Hypothekenverfassung, welche auf einer künstlichen, verwickelten, kontroversen und schwerfälligen Rechtstheorie erbaut ist, sind schon oft, in Schrift und Wort, Gegenstand der Besprechung gewesen.[1]) Von vielen Seiten ist diesem Rechtszustande die Niederlage des Realkredits ausschließlich zugeschrieben worden. Man hat gemeint, ein zeitgemäßes, liberales Immobiliar- und Hypothekenrecht werde dem Realkredite von selbst aufhelfen und demselben die jetzt fehlenden Kapitalien in ausreichendem Maße zuführen. Man hat auf die Hypothekeneinrichtung und auf die günstige Lage des Hypothekenmarktes in Mecklenburg verwiesen und behauptet, die Immobiliarverhältnisse in Preußen würden sich, wie in jenem Lande, durch Aenderung des Immobiliarrechts von selbst gleich vortheilhaft gestalten. Allein diese Hoffnungen sind übertrieben und mögen wohl kaum in Erfüllung gehen. Auf die Bewegung des Hypothekenverkehrs wirken ganz andere Verhältnisse mächtig ein, als das materielle und formelle Recht. Mecklenburg, einst für den Handel von großer Bedeutung, denn Wismar war eine mächtige Handelsstadt und der Stationsort für die ruhmreiche Hansa-Flotte, steht gegenwärtig kaum auf der Höhe moderner Staats- und Volkswirthschaft und in öffentlicher, sozialer und gewerblicher Beziehung weit hinter Preußen zurück. Während in Preußen alle Beziehungen des gewerblichen, industriellen und merkantilen Verkehrs gleichmäßig gehegt und gepflegt werden und zu freudiger Hoffnung erblühen, stellt sich in Mecklenburg das Grundeigenthum, in patriachalischer, staatsbürgerlicher Sonderstellung, als eine privilegirte Klasse des Vermögens dar, dem alle andere soziale und gewerbliche Verhältnisse nachgesetzt und untergeordnet sind. An Lebhaftigkeit des Verkehrs, an Mannigfaltigkeit des Erwerbes, an Ungebunden-

---

[1]) Meyer, die Preuß. Hypotheken- und Subhastations-Gesetzgebung. (Berlin, 1854) Meine Subhastations-Gesetzgebung (Breslau, 1861). Rodbertus, Zur Erklärung und Abhülfe der heutigen Kreditnoth des Grundbesitzes (Berlin, 1867). Becker, Reform des Hypothekenwesens (Berlin, 1867). Lette, das landwirthschaftliche Kredit- und Hypothekenwesen (Berlin, 1868). Willmanns, die Kreditnoth des Grundbesitzes (Berlin, 1868). Derselbe, zur Reform der Hypotheken- und Subhastations-Gesetzgebung (Berlin, 1868). Holz, Reform des hypothekarischen Darlehns 2c. (Berlin, 1867.)

heit der Bewegung, an Freiheit der Entfaltung aller sozialen und gewerblichen Kräfte, an Aufklärung in Dingen des öffentlichen Rechts, — an allen diesen Wohlthaten einer freien, volksfreundlichen Entwicklung steht Mecklenburg manchem anderen deutschen Lande nach. Für ein Ländchen mit so abgeschlossener Lebens- und Rechtsanschauung, mit so beschränkter, isolirter volkswirthschaftlicher Richtung kann das Kapital allerdings, selbst bei minder guter Hypothekeneinrichtung, auf eigenthümlich organisirten Hypothekenmärkten, leichter den Bewegungen des Grundeigenthumes folgen, als in einem großen modernen Staate, in welchem sich, bei unbedingter Freiheit des Gewerbes und der sozialen Verhältnisse, der Benutzung des Kapitals die mannigfaltigsten und verschiedenartigsten Kanäle öffnen. Der günstigere Immobiliarkredit in Mecklenburg verdankt daher nicht vorzugsweise dem Immobiliar- und Hypothekenrechte seine Entstehung und Erhaltung, sondern derselbe ist durch die Einwirkung ganz anderer Zustände und Verhältnisse hervorgerufen, die in Preußen allerdings nicht vorhanden sind.

Die Gesetzgebung kann freilich den Immobiliarkredit durch zeitgemäße, die Rechte des Eigenthümers und des Gläubigers schützende Bestimmungen fördern und erleichtern; allein eine radikale Hülfe kann der Staat weder auf dem Wege der Gesetzgebung, noch auf dem Wege finanzieller Operationen gewähren. Es ist daher auch eine irrige Auffassung, wenn man die obwaltende Kreditnoth des Grundbesitzes als „eine nothwendige und konsequente Folge der Preußischen Immobiliar- und Hypotheken-Gesetzgebung darstellt," und eine unberechtigte Prätension, wenn man von dem Staate Hülfe fordert gegen die Nachtheile von, zum Theil selbstverschuldeten, sozialen Leiden. Der Einfluß des, für die Bewegung des Eigenthumes liberalen Römischen Rechts soll den „allmäligen Auflösungsprozeß des großen Grundeigenthumes befördern und dadurch die Gesellschaft entkräftigen, entsittlichen und zersetzen." Die Grundsätze des Germanischen Rechts werden zum Schutze gegen diese Auflösung und zur Konsolidation des Eigenthumes aufgerufen. — Allein ein jedes Recht ist nur eine Geburt seiner Zeit, und repräsentirt nur die Rechtsanschauung und den Volkswillen eben dieser Zeit. Ein Gesetz, für die Verhältnisse aller Zeiten passend, ist, bei dem sittlichen Berufe des Menschen zur Vervollkommnung und bei der Veränderlichkeit aller menschlichen Dinge, überhaupt nicht denkbar. Und so wird auch das mit seinem historischen Anhange abgestorbene und begrabene alt-Germanische Recht nicht wieder aufleben, und die Rechtstheorie über die Untheilbarkeit der Güter und über die unkündbare Verschuldung in Form des Rentenkaufes nicht im Stande sein, der Strömung der Zeit nach Mobilisirung der Vermögenswerthe einen anderen Lauf zu geben. Eine freiere und unabhängigere Gestaltung aller sozialen und öffentlichen Verhältnisse hat auch das Grundeigenthum in seinen Bewegungen, in seinem Erwerbe und in seiner Verschuldung frei gemacht von den historischen Beschränkungen einer weit hinter uns

liegenden Vergangenheit. Das beste und einzige Hülfsmittel zur Erhaltung des Grundbesitzes und zum Schutze des Immobiliarkredits ist das richtige Verhältniß der Güterpreise zu der Ertragsfähigkeit; die Hebung der Agrikultur durch rationelle Bewirthschaftung; das Gleichgewicht zwischen Anlage- und Betriebskapital und die Zurückführung des sozialen Lebens auf die Grundsätze der Einfachheit und der Solidität. Wenn auf diese Weise der Grundbesitz und dessen Bewirthschaftung eine sichere Basis gewonnen hat, wenn die künstliche Anspannung und Ueberreizung, die heut' zu Tage in so vielen Verhältnissen des Lebens herrschen, der Solidität und der Zuverlässigkeit gewichen sind, dann wird auch das Vertrauen zu dem Grundbesitze und zu dem Realkredite von selbst zurückkehren. Der überschuldete Grundbesitz, der keine Sicherheit darbietet, hat eben so wenig Anspruch auf Kredit, als das kaufmännische Geschäft, das nur mit fremden Mitteln sich künstlich über dem Niveau des Konkurses hält. Beiden ist nicht zu helfen. Dagegen wird das, auf solider Basis ruhende und die erforderliche Sicherheit darbietende Grundeigenthum, wenn auch nicht in befriedigender Weise durch Privatvermittelung, wohl aber auf dem Wege der Selbsthülfe durch Association Kapital in ausreichendem Maße finden, und durch Errichtung von Darlehens- und Kreditkassen oder Hypothekenbanken diejenigen Formen und Bedingungen bestimmen können, welche den Interessen des Immobiliarverkehrs und den Ansprüchen der Spekulation am meisten entsprechen. Das Grundeigenthum kann sich auf dem Wege dieser freiwilligen Vereinigung diejenigen unkündbaren Fonds verschaffen, deren es zu seiner Bewirthschaftung bedarf, und das Kapital wird sich gern einem Unternehmen zuwenden, welches durch Ausstellung von sicheren lettres au porteur einer soliden Spekulation Raum und Gelegenheit für die nutzbare Anlegung von Geldern giebt.

Wenn nun aber auch die Gesetzgebung nicht im Stande ist, die unbegründeten und übertriebenen Erwartungen zu befriedigen, welche der Grundbesitz an eine Aenderung des Immobiliar- und Hypothekenrechts knüpft, und wenn auch das beste und zeitgemäßeste Gesetz über die Regelung des Grundeigenthumes und der Hypotheken der Bewegung des Geldes, der Spekulation, keine entschieden andere Richtung geben wird, so ist es doch Pflicht und Beruf der Gesetzgebung, der Strömung der Zeit zu folgen und sich im Sinne des Volkswillens, worin zuletzt jedes Recht wurzelt und seinen historischen Ursprung findet, zu verjüngen und zu ergänzen. Und so hat denn auch, freilich nach Jahre langer Prüfung und auf immer lebhafteres Drängen der Wissenschaft und Praxis, die Preußische Staatsregierung endlich mehrere Gesetzentwürfe ausarbeiten lassen und den Kammern zur Genehmigung vorgelegt, wodurch die Verhältnisse des Grundeigenthumes geregelt und die Beschwerden beseitigt werden sollen, zu welchen der gegenwärtige Rechtszustand Veranlassung gegeben hat.

§. 5.

Das Immobiliar- und Hypothekenrecht nach anderen Gesetzgebungen.

Der Code Napoléon hat sich in der Lehre über den Erwerb des Eigenthumes der Römischen Rechtstheorie angeschlossen, während nach alt-französischem Rechte die Auflassung, die obrigkeitliche Belehnung, wie in Deutschland, gewohnheitsrechtlich war.[1]) Die abgeleitete (derivative) Erwerbung des Eigenthumes setzt einen Rechtsgrund und einen Erwerbungsakt als Thatsache der Verwirklichung des Eigenthumserwerbes voraus. Zur Uebertragung des Eigenthumes durch Vertrag bedarf es nicht der Uebergabe; Eigenthum und Gefahr gehen vielmehr, wie im Römischen Rechte, schon durch den Vertrag selbst, und in der Regel in dem Augenblicke auf den Erwerber über, in welchem die Sache hätte übergeben werden können.[2]) Jedoch bewirkt die Uebergabe einer beweglichen Sache, im Falle der Kollision mehrerer Eigenthumsprätendenten, vorzugsweise Eigenthum.[3]) Diese, der landrechtlichen[4]) Auffassung entsprechende Bestimmung findet jedoch auf unbewegliches Eigenthum keine Anwendung. Bei dem letzteren bedarf es einer Transskription der Erwerbungsurkunden in die dazu bestimmten Bücher, nicht zum Zwecke des Eigenthumserwerbes, denn der Eigenthumserwerb ruht lediglich auf dem Erwerbungstitel, sondern nur zur Vervollständigung des Eigenthumes und zur Verhinderung von Verpfändungen zum Nachtheile des Eigenthümers.[5]) In Ansehung der Realrechte an Grundstücken unterscheidet das Französische Recht zwischen Vorzugsrechten, privilèges, welche sich auf Gesetz, und Hypotheken, hypothèques, welche sich auf Gesetz, Vertrag oder Erkenntniß gründen.[6]) Hypotheken, soweit sie nicht auf Gesetz beruhen, werden erst durch die Eintragung begründet.[7]) Die Eintragung erfolgt durch den Hypothekenbewahrer, conservateur des hypothèques[8]), auf Grund eines Eintragungsgesuches, borderau, unter Vorlegung der Urkunden,

---

[1]) Zachariae, Handbuch des Französischen Civilrechts, 4. Aufl. (Heidelberg, 1837) B. I. §. 266.

[2]) Art. 1138.

[3]) Art. 1141. 2279.

[4]) Th. I, Tit. 10, §. 23.

[5]) Art. 2180. Bauer, Lehrbuch des Napoleonischen Civilrechts (Marburg, 1812) S. 244. Zachariae a. a. O., B. 1, §. 208.

[6]) Art. 2095. 2114.

[7]) Art. 2106. 2134. 2166.

[8]) Art. 2196.

auf welche sich die Eintragung bezieht. Die Inskription, welche den wesentlichen Inhalt der Urkunde ausdrücken muß, gewährt ein auf dem Grundstücke haftendes, untheilbares, dingliches Sicherheitsrecht gegen jeden Besitzer des verhafteten Grundstückes.[1]) Die Inskriptionsbücher des Französischen Rechts sind nicht Grundbücher, d. h. amtliche Nachweisungen über das Eigenthum an Grundstücken, sondern nur eigentliche Hypothekenbücher, d. h. amtliche Register über die auf einem Grundstücke haftenden Forderungsrechte, Hypotheken, accessorisch-dingliche Ansprüche. Das Französische Recht erkennt für konventionelle Hypotheken zwar das Prinzip der Spezialität[2]) und der Oeffentlichkeit[3]) an; allein das Prinzip der Legalität, d. i. die amtliche Pflicht des Hypothekenverwahrers zur Prüfung der Rechtsgültigkeit des einzutragenden Aktes, ist ihm unbekannt.[4]) Der Hypothekenbewahrer ist vielmehr verpflichtet, auf Grund des Inskriptionsgesuches die Eintragung unweigerlich zu bewirken, und Jedem, der es verlangt, eine Abschrift der geschehenen Einschreibung oder ein Zeugniß, daß auf einem Grundstücke noch keine Hypotheken eingetragen sind, zu ertheilen.[5]) Die Urkunde, auf Grund deren die Eintragung der Hypothek erfolgt, wird an den Antragssteller zurückgegeben.[6]) Das Preußische Recht und der Code Napoléon stellen daher zwar gleiche materielle Grundsätze über die Erwerbung des Eigenthumes, aber ganz verschiedene Hypothenkenrechtssysteme auf. Der Zweck der Französischen Hypothekenbücher ist nicht auf eine obrigkeitliche Kontrolle über das Grundeigenthum, sondern nur darauf gerichtet, die Hypothekenansprüche an ein Grundstück festzustellen, ohne jede Verpflichtung zur Prüfung der Legalität, während der Preußische Hypothekenrichter Eigenthums- und Realansprüche gleichmäßig rechtlich prüfen, feststellen und sichern soll. Das Französische Hypothekenbuch ist nicht, wie das Preußische, auch ein Grundbuch, sondern ausschließlich nur ein Verzeichniß für die Hypothekenansprüche, ohne jede amtliche Garantie der Rechtsbeständigkeit derselben. Während das Preußische Immobiliar- und Hypothekenrecht in vieler Beziehung zu weit geht, und durch ängstliche vormundschaftliche Beaufsichtigung privatrechtlicher Handlungen den freien Verkehr benachtheiligt und erschwert, thut das Französische Recht zu wenig, indem es das Eigenthum, die Grundlage der Realrechte, gar nicht zu seiner Kognition und Feststellung zieht.

Das Bedürfniß nach Befreiung des Immobiliar- und Hypothekenverkehrs von der Belästigung amtlicher Aufsicht und erschwerender Kontrole hat in

---

[1]) Art. 2166. 2182.
[2]) Art. 2129.
[3]) Art. 2153.
[4]) Art. 2199.
[5]) Art. 2196.
[6]) Art. 2156.

neuerer Zeit in Deutschland eine lebhafte Bewegung in der Lehre des materiellen und formellen Hypothekenrechts hervorgerufen, die zu erheblicher Modifikation jener beiden großen Rechtssysteme geführt hat. Man hat zum Theil die Grundsätze des Römischen Rechts über den Eigenthumserwerb verlassen, die Traditionstheorie aufgegeben und sich der deutschen Auflassungstheorie angeschlossen, mit anderen Worten, man hat den Erwerb des Grundeigenthumes nicht abhängig gemacht von dem Erwerbungstitel und der Tradition, sondern von der thatsächlichen Eintragung in das Hypothekenbuch auf den Namen des Erwerbers. So verlangt das Oesterreichische Gesetzbuch [1]) zur Erwerbung des Eigenthumes und eines dinglichen Rechts die Eintragung in das Hypothekenbuch, und knüpft an diese Eintragung die Rechtmäßigkeit des Besitzes mit der Befugniß zur Vindikation. Nach dem Sächsischen Gesetzbuche [2]) wird das Eigenthum an Grundstücken durch die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben, ohne daß es der Erwerbung des Besitzes bedarf. In gleichem Sinne disponiren das Braunschweigische, Nassauische, Weimarsche und Badensche Recht. Das Mecklenburg-Schwerinsche Gesetz vom 2. Januar 1854. über die Grund- und Hypothekenbücher für den Privatbesitz der Domänen bestimmt im §. 32. zu 2:

„Für diejenigen, welchen Rechte durch irgend eine Einzeichnung in das Buch erworben oder gesichert werden, steht dasjenige, was dasselbe zur Zeit dieser Einzeichnung bereits enthält, unumstößlich fest, und sind diese ihre Rechte gegen eine jede Anfechtung von Seiten Dritter aus bereits bestandenen oder später entstehenden Rechten völlig gesichert, es mag eine solche Anfechtung aus dem Grunde eines früheren Versehens der Behörde, einer Unechtheit früherer Ausstellungen, einer ursprünglichen Nichtigkeit, einer Wiedereinsetzung in den früheren Stand, einer Verjährung, oder aus irgend einem sonstigen erdenklichen Rechtsgrunde geschehen."

Das Preußische Gesetz vom 2. Februar 1864. zur Verbesserung des Kontrakten- und Hypothekenswesens in dem Bezirke des Justiz-Senates zu Ehrenbreitenstein (Ges.-Samml. S. 34) macht den Uebergang des Eigenthumes an Immobilien weder von der Uebergabe, noch von der Zahlung des Kaufgeldes, sondern von der Anmeldung des Erwerbungsaktes bei dem Richter der belegenen Sache abhängig und wendet gleiche Grundsätze auch auf den Erwerb dinglicher Rechte an. Eine Eintragung in Hypothekenbücher findet nicht statt, weil solche in jenem Bezirke nicht geführt werden. Durch das Gesetz vom 21. März 1868 (Ges.-Samml. S. 293) ist für Neuvorpommern und Rügen, woselbst bis dahin die Theorie des Römischen Rechts Geltung hatte, die Hypothekeneinrichtung mit

---

[1]) §§. 321. 350. 431 f. 441.
[2]) §. 276.

besonderen Grund- und Hypothekenbüchern eingeführt und im §. 56, der dem gemeinen Rechte nicht entsprechende Rechtssatz ausgesprochen, daß für den Erwerb des Grundeigenthumes unter Lebenden, in der Ableitung von dem eingetragenen Besitzer, die Erklärung des Veräußerers genüge, daß er das Grundstück dem Erwerber zum Eigenthume überlasse und auf dessen Eintragung in das Hypothekenbuch antrage, sowie die Erklärung des Erwerbers, daß er die Uebertragung des Eigenthumes annehme und als neuer Eigenthümer eingetragen sein wolle.

Die moderne Immobiliar- und Hypothekengesetzgebung legt daher den Schwerpunkt für den Eigenthumserwerb an Grundstücken nicht in das den Eigenthumsübergang vermittelnde materielle Rechtsgeschäft, sondern, nach Art der Auflassung, in die Anmeldung bei dem Richter resp. in die Eintragung in das Hypothekenbuch. Auch der Preußische Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung vom Jahre 1864. und die neueren Gesetzentwürfe über den Eigenthumserwerb und eine Hypothekenordnung folgen dieser Rechtsauffassung.

---

§. 6.

Prüfung des Gesetz-Entwurfes vom Jahre 1864. und der neuesten Gesetzentwürfe über das Immobiliar-, das Hypotheken- und das Zwangsverkaufsrecht.

Der im Jahre 1864. ausgearbeitete und veröffentlichte Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung für Preußen hat, wie der Entwurf einer Prozeßordnung von demselben Jahre, das Schicksal gehabt, daß er fast von allen Faktoren der Rechtswissenschaft, von der Theorie und Praxis, in dem Prinzipe sowohl, als in der Detailbestimmung gemißbilligt worden ist, so daß derselbe die weiteren legislativen Stadien nicht erst beschritten hat. Der Entwurf giebt auch den allergrößten Bedenken Raum und erscheint wenig geeignet, dem Bedürfnisse des Realkredits in angemessener Weise Abhülfe zu verschaffen. Der Entwurf, und darin besteht sein Hauptmangel, ist sich des Grundprinzipes, von welchem er ausgeht, nicht recht bewußt geworden, und diese theoretische Unsicherheit und Ungewißheit zerstört die Einheit und daher den legislatorischen Werth der Arbeit. Der Unterschied zwischen der Römischen Traditions- und der alt-Germanischen Auflassungstheorie ist in den Motiven zwar erwähnt, allein nicht zur Begründung des

Systems, von welchem der Gesetzentwurf ausgeht, sondern zur Konstatirung der bekannten historischen Thatsache, daß das Institut der Hypothekenbücher nicht in der römischen Traditionstheorie, sondern in der deutschrechtlichen Auflassung wurzele.[1]) Man möchte dem Entwurfe die Aufstellung einer ganz neuen Eigenthumstheorie zuschreiben, eines Systemes, das zwischen der landrechtlichen und der alt-Germanischen Eigenthumslehre in der Mitte steht, von jeder derselben Etwas übernimmt und dadurch die Einheit der Rechtstheorie in sich selbst aufhebt und zerstört. Als leitendes Prinzip, als Kardinalgrundsatz, stellt der Entwurf die Nothwendigkeit der Publizität, in ihrer Anwendung auf das Eigenthum auf, führt daher indirekt den Zwang nicht nur für die Berichtigung des Besitztitels, sondern selbst für die Eintragung der Cessionen, welche Verpflichtung bisher im Preußischen Rechte unbekannt gewesen ist, ein, und gründet gerade hierauf die Hoffnung auf eine Steigerung der Kosteneinnahme,[2]) die zu vermindern ein allgemeines Verlangen und Bedürfniß ist. Der Entwurf stellt die Rechtssätze auf: Die mittelbare Erwerbung des Eigenthumes und dinglicher Rechte an Immobilien erfordert die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch; die Erwerbung des Eigenthumes ist durch die Tradition nicht bedingt. Nur der eingetragene Eigenthümer oder Realberechtigte ist zur Vindikation und Verfolgung des dinglichen Rechts gegen Dritte berechtigt. Also die Eintragung in die öffentlichen Bücher begründet ein unanfechtbares dingliches Recht für den Erwerber. Der Entwurf abstrahirt auch für die Eintragungen von den besonderen Rechtsgründen, wodurch die Bewegung des Eigenthumes veranlaßt worden ist, von dem besonderen Obligationsfalle zwischen den Veräußerungskontrahenten, und verlegt den Eintragungs- und Erwerbungsgrund in die vor dem Hypothekenamte veröffentlichte Willenserklärung: daß das Eigenthum oder das dingliche Recht übertragen und eingeräumt werde.[3]) Allein der Entwurf kommt mit diesem Prinzipe der Auflassungstheorie in Widerspruch, wenn er verlangt, daß mit dem Einschreibungsantrage das Rechtsgeschäft, worauf derselbe beruht, nach Inhalt und Urkunde bezeichnet werde, und wenn er die Rechtswirkung der Eintragung von der Gutgläubigkeit des Erwerbers abhängig macht. Bei der Verlegung des Erwerbungstitels in die Auflassungserklärung erscheint die Angabe der causa praecedens ganz einflußlos, und die Anwendung der landrechtlichen Bestimmungen über den Einfluß der mala fides auf die Auflassungstheorie nöthigt zu einem Zurückgehen auf das persönliche Verhältniß aus dem Uebertragungsgeschäfte und zersetzt somit das ganze System, welches der Ent-

[1]) Entw. Mot. S. 21.

[2]) Entw. II. Mot. S. 81.

[3]) §. 11 des Entw.

wurf mühsam aufgebaut hat. Ohne eine Revision des Allgemeinen Landrechts hält der Entwurf[1]) eine Aenderung der Lehre über die Gut- und Schlechtgläubigkeit, auch wenn sie nach den Gesetzen der Ethik zulässig wäre, nicht für möglich.

Die Folge dieser dogmatischen Inkonsequenz besteht darin, daß der Entwurf in Ansehung der rechtlichen Wirkungen nun gleichsam drei verschiedene Arten von Eigenthum kennt:

1. Bucheigenthum, für welches die Eintragung und die Auflassungserklärung entscheidend ist;

2. Nicht-Bucheigenthum, bei welchem es bei der Traditionstheorie des Landrechts verbleibt und endlich

3. Bucheigenthum, für welches wegen der mala fides des Erwerbers, bei der Kollision von Eigenthums- und Realansprüchen, die Publizität der Eintragung ohne Wirkung ist, also der landrechtliche Unterschied vom wahren und bürgerlichen Eigenthume in seiner ganzen Verwirrung möglicher Weise wieder zur Geltung kommt. Auf der einen Seite ist der Entwurf daher nicht konsequent genug, während er auf der anderen Seite bis zur faktischen Unausführbarkeit die Konsequenzen zieht. So soll der Erwerb jedes dinglichen Rechts durch die Eintragung bedingt sein, ausgenommen wieder, nach einer vagen, Streit und Bedenken erregenden Bestimmung des Allgemeinen Landrechts, die Realservituten, welche den Nutzungsertrag des belasteten Grundstücks nicht schmälern. Es muß daher jeder Miethsvertrag über eine Wohnung eingetragen werden, wenn er Schutz gegen Dritte finden soll.

Wie das materielle Hypothekenrecht, so hat auch das formelle Hypothekenrecht des Entwurfes vom Jahre 1864 nicht den Beifall der Kenner gefunden. Die äußere Beschaffenheit und Bestimmung des Hypothekenbuches haben durch den Entwurf keinerlei Aenderung erfahren. Das Hypothekenwesen wird von den Gerichten getrennt und, unter geschäftlicher Aufsicht und Leitung der Direktoren resp. Präsidenten der Gerichte erster Instanz, von selbstständigen Hypothekenämtern, deren Vorsteher den wenig zutreffenden Titel „Hypothekenamtmann" führen, verwaltet. Die Operationen vor den Hypothekenämtern erfolgen auf Grund formulirter Eintragungsanträge, und selbst die instrumentirenden Richter und Notare müssen für das Hypothekenamt die Eintragungsformel entwerfen. Der Hypothekenamtmann hat nur zu prüfen, ob der Interessent, welcher die Eintragungsformel ausgestellt hat, nach dem Hypothekenbuche zur Disposition legitimirt ist, ob das Rechtsgeschäft, dessen in der Formel Erwähnung geschehen, kein verbotenes, absolut ungültiges ist, und dafür zu sorgen, daß die Eintragung der überreichten Formel gemäß bewirkt

---

[1]) Mot. S. 39.

werde.[1]) Der Hypothekenamtmann hat daher im Ganzen einen sehr subalternen Wirkungskreis, der jetzt von einem geübten Ingrossator versehen wird. Ueber die eingetragene Kapitalforderung wird ein Auszug, d. i. eine abgekürzte Abschrift des Hypothekenblattes, ertheilt. Allein der Interessent kann auch die Ausfertigung eines eigentlichen Hypothekenbriefes verlangen, und ein solcher Hypothekenbrief bildet die alleinige Urkunde über die Kapitalpost mit allen rechtlichen Wirkungen eines ausgefertigten Hypothekeninstruments.[2])

Das Hypothekengesetz für Neuvorpommern vom 21. März 1868 hat die gerügten Mängel des Entwurfes vom Jahre 1864 zum Theil vermieden und im Ganzen einen besseren Weg eingeschlagen. Die formelle Einrichtung der Hypothekenbücher ist die alte geblieben. Die Organisation der Hypothekenämter ist in etwas veränderter Weise erfolgt. Während der Entwurf vom Jahre 1864 die Hypothekenämter nach den Geschäftsbezirken der Kreisgerichte und der Gerichtsdeputationen regelt, bestimmt das Gesetz vom 21. März 1868 den Geschäftsbezirk derselben nach den landräthlichen Kreisen und weist den Vorstehern der Hypothekenämter eine selbstständigere und wirksamere Stellung zu. In materieller Beziehung giebt das Gesetz für Neuvorpommern der Auflassungstheorie Ausdruck; denn nur der eingetragene Eigenthümer ist zu rechtlichen Verfügungen über das Grundstück bei dem Hypothekenbuche berechtigt,[3]) und zum Uebergange des Eigenthumes von dem eingetragenen Besitzer auf den neuen Erwerber genügt die Erklärung des Veräußerers, daß er das genau zu bezeichnende Grundstück dem Erwerber zum Eigenthum überlasse und auf dessen Eintragung als Eigenthümer antrage, sowie die Erklärung des Erwerbers, daß er die Uebertragung des Eigenthumes annehme und als neuer Eigenthümer eingetragen sein wolle.[4]) Diese Theorie der urkundlichen und thatsächlichen Feststellung des Eigenthumes durch das Grundbuch wird jedoch wieder durch die Bestimmung gestört, daß die Auflassung und Eintragung nur Schutz gewährt dem gutgläubigen Erwerber gegenüber.[5]) Durch diese — landrechtliche — Bestimmung über die Gut- und Schlechtgläubigkeit bei dem Erwerbe des Eigenthumes nnd dinglicher Rechte wird die ganze Sicherheit des Hypothekenverkehrs aufgehoben und einer, vom rechtlichen Standpunkte aus verwerflichen Kasuistik Thür und Thor geöffnet.

Die Staatsregierung hat über das Immobiliarrecht neue Gesetzentwürfe ausarbeiten lassen und solche der Landesvertretung zur Prüfung und Sanktion vorgelegt und zwar:

---

[1]) Motive zu dem Entw. I, S. 45, zu dem Entw. II, S. 76, 101.
[2]) §. 139.
[3]) §. 18. Ges. v. 21. März 1868.
[4]) §. 57. a. a. O.
[5]) §. 23. a. a. O.

1) den Entwurf eines Gesetzes über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbstständigen Gerechtigkeiten,
2) den Entwurf einer Hypothekenordnung,
3) den Entwurf einer Subhastationsordnung[1]).

Zuvörderst muß der politische Standpunkt gebilligt werden, den die Gesetzentwürfe eingenommen haben, und der auf die Beförderung der Einheit des Rechts in Deutschland, insbesondere in dem Gebiete des Norddeutschen Bundes, gerichtet ist. Die Preußische Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts ist hinter den Leistungen anderer Staaten weit zurückgeblieben. Die Savigny'sche Klage über den Mangel an Beruf unseres Jahrhunderts für die Gesetzgebung hat sich in Preußen für das Privatrecht fast bewahrheitet; kein wichtiger Akt der Gesetzgebung ist vorgenommen. Das Allgemeine Landrecht schien in Prinzip und Form unübertrefflich und unantastbar. Wenn daher die Gegenwart das Versäumte nachzuholen bemüht ist und dabei die Rechtsanschauung und Erfahrung moderner Gesetzgebungen beachtet, sich dem Rechtszustande anderer deutschen Staaten nähert und anschließt, so ist das ein politischer, die Einheit des Deutschen Rechts fördernder Akt, und ein auch für einen großen und mächtigen Staat lobenswerther legislatorischer Standpunkt.

Auch ist es nicht minder anzuerkennen, daß die Entwürfe in Form und innerer Einrichtung sich vor vielen anderen Preußischen Gesetzen auszeichnen. Seit der Emanation des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung hatte man sich daran gewöhnt, alle nöthigen Verbesserungen und Abänderungen in dem Systeme dieser beiden Grundgesetze in Novellenform vorzunehmen. Die eingreifendsten und wichtigsten Gesetze, insbesondere auf dem Gebiete des formellen Rechts, scheute man sich nicht in dieses Novellengewand einzukleiden. Die Preußische materielle und formelle Gesetzgebung ist durch diese einseitige und mangelhafte Gesetzesform endlich so durchlöchert und zersetzt worden, daß es schon ein langes Studium erfordert, um sachlich das Geltende von dem Aufgehobenen zu unterscheiden, mit anderen Worten, um erst den Gesetzestext zu konstruiren. Noch schwieriger ist es aber, den Geist der bestehenden Gesetze, die Theorie des Rechts, namentlich auf dem Gebiete der formalen Gesetzgebung, zu erfinden und zu erfassen. Die Allgemeine Gerichts-Ordnung, das Grundgesetz für den Prozeß, ist durch neuere Gesetze, die Verordnung vom 1. Juni 1833 über den Mandats-, summarischen- und Bagatell-Prozeß, die Verordnung vom 14. Dezember 1833 über das Rechtsmittel der Revision und

[1]) Der Entwurf ist inzwischen mit einigen Abänderungen zum Gesetz erhoben.

der Nichtigkeitsbeschwerde, durch die Deklaration dazu vom 6. April 1839, durch die Verordnung vom 21. Juli 1846 und 20. März 1854 über das Verfahren in Civil-Prozessen, wozu noch wichtige Ministerial-Instruktionen mit Gesetzeskraft und eine Menge minder wichtiger Gesetze hinzutreten, in ihrem ganzen Rechtsprincipe dergestalt erschüttert, daß selbst ein gründlicher Kenner des Rechts oft in Zweifel und Verlegenheit kommt, diesen Widerstreit der Grundsätze zu versöhnen und zu vereinigen. Man hat auf einen alten morschen Stamm, der einst gute Früchte getragen, neue Reiser verpflanzt, denen es aber an Nahrung, Kraft und Lebensfrische fehlt. Selbst die rechtliche Stellung des Richters zum Prozesse, dessen Leitungsrecht, ist in seinen Grenzen völlig unsicher und verwischt; der Eine thut daher zuviel, der Andere zu wenig. Alles hängt von der Einsicht und der dogmatischen Aufklärung des Richters ab. Koch hat zwar in souverainer Selbstständigkeit diese Lücken der Gesetzgebung auszufüllen und durch Einschaltung und Streichung einen Gesetzestext, nach bestehender Geltung, zu konstruiren versucht; allein abgesehen davon, daß diesem Texte die Authenticität des Wortes fehlt, so ist dadurch auch die Einheit des Rechtsgedankens, die Theorie des Rechts, das oberste Princip für das formelle Recht, überhaupt nicht hergestellt. Das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichts-Ordnung haben, bei allen Mängeln im System und in der Dogmatik, auf dem Gebiete der Rechtsbildung Epoche gemacht und lange Zeit hindurch zu den vorzüglichsten Gesetzbüchern gehört. Allein die Zeiten, die Menschen, die Verhältnisse des Lebens, Alles, was für Recht und Gesetz von Einfluß ist, hat sich seitdem wesentlich verändert. Und für alle Zeiten wird ein Gesetz überhaupt nicht gegeben. Die Pietät vor dem Alter ist eine Tugend; allein ohne verständige Begränzung ein politischer Fehler. Vollkommen und der Verbesserung überhoben ist keine menschliche Einrichtung, und daher auch nicht das Gesetz, welches gerade der Rechtsauffassung des lebenden Volkes und den Strömungen des gegenwärtigen Verkehrs folgen soll. Ein bloßes Ausbessern der Gesetze für den augenblicklichen, nothdürftigen Gebrauch, ohne Verfolgung eines bestimmten Systems, erzeugt Lücken, stört die Rechtseinheit und erschwert die Rechtsanwendung.

Es ist daher ein legislatorisches und politisches Verdienst der Staatsregierung, daß sie den lückenhaften Weg der Gesetzgebung in Novellenform verlassen, daß sie sich entschlossen hat, die Principien der Gesetzgebung zu revidiren, und daß sie die das Immobiliarrecht betreffenden wichtigen Gesetzentwürfe als ein abgeschlossenes Ganze in Form der Kodifikation, selbst auf die Gefahr hin vorgelegt hat, daß dadurch das System des Allgemeinen Landrechts in gewisser Richtung aufgegeben und verlassen wird.

Was nun

I. den Gesetzentwurf über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke betrifft, so handelt derselbe im ersten Abschnitte von

der Erwerbung des Eigenthumes an Grundstücken, im zweiten Abschnitte von der Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken; im dritten Abschnitte vom Hypothekenrechte und im vierten Abschnitte von dem Bergwerkseigenthume und den Gerechtigkeiten. Der Entwurf stellt für die Eigenthumstheorie den Kardinalgrundsatz auf:

> Die Bewegungen des Grundeigenthumes werden durch die Auflassung vermittelt und nur derjenige, welcher auf Grund der Auflassung des eingetragenen Eigenthümers als neuer Erwerber in das Hypothekenbuch eingetragen ist, hat das Eigenthum an dem Grundstücke erworben.

Der Entwurf verlegt den Akt der Auflassung in die Erklärung, durch welche der eingetragene Eigenthümer die Eintragung des Erwerbers bewilligt, und der Erwerber die Eintragung auf seinen Namen beantragt.[1]) Der Akt der Auflassung wird ersetzt durch Vorlegung eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches der eingetragene Eigenthümer zur Auflassung des Eigenthumes an den Erwerber verurtheilt ist, wenn dieser die Eintragung auf seinen Namen beantragt.[2]) Die Gefahr der Sache geht durch die Eintragung auf den Erwerber über, wenn die Sache ihm auch noch nicht übergeben worden ist.[3]) Beschränkungen des eingetragenen Eigenthümers in der Verfügung über das Grundstück erlangen nur durch die Eintragung Rechtswirkung.[4]) Hat der eingetragene Eigenthümer das Grundstück an Mehrere nach einander veräußert, so wird doch nur derjenige Eigenthümer, welcher in das Hypothekenbuch eingetragen ist, auch wenn er den älteren Titel eines Anderen gekannt hat, oder dem letzteren vom Veräußerer das Grundstück übergeben worden ist.[5]) Wird das Eigenthumsrecht des eingetragenen Erwerbers in der Folge angefochten und gelöscht, so bleiben doch alle von ihm in der Zwischenzeit begründeten Rechte dritter Personen auf das Grundstück in Kraft.[6])

Die Auflassungstheorie findet keine Anwendung und die Erwerbung des Eigenthumes ist an andere Momente geknüpft:

1) bei nicht eingetragenem Eigenthume, welches in den gewöhnlichen Formen der Tradition übertragen wird;
2) bei dem Uebergange des Eigenthumes im Erbschaftsgange, denn der Erbe und der Vermächtnißnehmer erwerben das Eigenthum an den Erbschaftsgrundstücken mit dem Tode des Erblassers[7]);

---

[1]) §. 1. 2. des Entw.
[2]) §. 2. a. a. O.
[3]) §. 8. a. a. O.
[4]) §. 16. a. a. O.
[5]) §. 6. a. a. O.
[6]) §. 7. a. a. O.
[7]) §. 10. a. a. O.

3) bei der Enteignung des Eigenthumes, in welchem Falle dasselbe durch die Besitzeinweisung der Verwaltungsbehörde auf den Erwerber übergeht[1]);

4) bei der nothwendigen Subhastation, in welchem Falle der Ersteher das Eigenthum des Grundstückes durch die Verkündung des Zuschlagsurtheils erwirbt.[2])

Behufs der Auflassungserklärung und zum Zwecke der Eintragung des Erwerbes auf Grund jener Erklärung bedarf es nicht der Vorlegung der Urkunde über das Veräußerungsgeschäft und des Nachweises der Uebergabe[3]); ausgenommen bei der Auflassung einzelner Trennstücke (Parzellen) solcher Grundstücke, deren Zertheilung oder Abtrennung den Bestimmungen der §§. 2—4 der Gesetze vom 3. Januar 1845 (Gesetz-Sammlung S. 25.) und vom 24. Mai 1853 (Gesetz-Sammlung S. 241.) unterliegen, in welchen Fällen der Zertheilungsvertrag der Hypothekenbehörde vorgelegt werden muß, und die Eintragung des Erwerbers des Trennstückes oder die Zuschreibung des letzteren auf das Blatt eines anderen Grundstückes des Erwerbers nur dann erfolgen darf, wenn der Vertrag den Vorschriften dieser Gesetze entspricht[4]).

Die Auflassungstheorie, welcher der Entwurf streng gefolgt ist, unterscheidet daher das Rechtsgeschäft, welches die Auflassung veranlaßt hat, die causa praecedens, durch welche das persönliche Verpflichtungsverhältniß zwischen den Veräußerungskontrahenten zur Uebergabe und Auflassung, überhaupt zur Erfüllung des Veräußerungsvertrages, begründet wird, und welche in jedem zur Eigenthumsübertragung geeigneten Obligationsgrunde, also in Kauf, Tausch, u. s. w. bestehen kann, — von dem einfachen Auflassungsakte, als dem erklärten und acceptirten Willen, daß das Eigenthum eines bestimmten Grundstückes für einen bestimmten Erwerber eingetragen werde. Dieser Akt der Auflassung und die auf Grund derselben erfolgende Eintragung werden in ihrer Abstraktion von dem vorausgegangenen Obligationsfalle, welcher für die Auflassung nur gleichsam das Motiv bildet, als der Rechtsgrund, causa, für die Eintragung, und als modus acquirendi für die Erwerbung durch die Eintragung angesehen. Wie die Tradition sich als die Verwirklichung des auf die Uebertragung des Eigenthumes gerichteten gegenseitigen Willens der Veräußerungskontrahenten darstellt, so ist die Eintragung in das öffentliche Grundbuch die Verwirklichung der Auflassungserklärung, die Realisirung des abstrakten Eigenthums-Uebertragungswillens. Die rechtliche und thatsächliche Existenz des durch ein öffentliches Grundbuch nachgewiesenen Eigenthumes wird, nach

---

[1]) §. 12. des Entwurfs.

[2]) §. 13. a. a. O.

[3]) §. 2. a. a. O.

[4]) §. 4. a. O.

Rechtstheorie und Volksansicht, begründet durch die Publizität der Eintragung; ein jeder Erwerber hält sich gegen alle Ansprüche Dritter für geschützt, wenn er von dem eingetragenen Eigenthume sein Recht herleitet und dieses sein Recht in dem öffentlichen Grundbuche vermerkt ist. Für den Laien ist es unverständlich und rechtsverwirrend, daß der Erwerb unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuches, unter staatlicher Autorität, anfechtbar ist aus dem persönlichen Rechte dritter Personen, von dem das Hypothekenbuch keine Kenntniß gegeben hat. Während die Tradition, ein mehr juristisches als thatsächliches Moment, oft in der Fiktion beruht und äußerlich, nach Zweck, Absicht und rechtlicher Wirkung, nicht ermessen und beurtheilt werden kann, stellt sich die Eintragung des Eigenthumes in das öffentliche Grundbuch als ein von jeder juristischen Fiktion und Deutung befreiter, für Jedermann gleichmäßig erkennbarer publizistischer Akt dar, der mehr, als jede andere Thatsache, geeignet und bestimmt ist, Eigenthumsverhältnisse in unanfechtbarer Weise zu begründen und festzustellen. Wenn der eingetragene, daher formell oder materiell legitimirte Eigenthümer vor dem Hypothekenrichter in authentischer Weise seinen freien und rechtsbegründeten Willen erklärt, das Eigenthum an dem Grundstücke auf einen Dritten zu übertragen, und wenn dieser Dritte in ebenso authentischer und rechtsverpflichtender Weise diesen Uebertragungswillen zu dem seinigen macht, so ist für den Uebergang des Eigenthumes die Gemeinsamkeit des Willens in unbedingter rechtlicher Gewißheit konstatirt, und es kömmt für das öffentliche und private Interesse des Eigenthumsverkehrs nicht auf die persönliche Rechtsbeziehung an, in welche die Veräußerungsinteressenten außerdem noch durch die Eigenthumsübertragung getreten sind und welche, als Ausfluß eines bestimmten Obligationsverhältnisses, nur für sie rechtliche Wirkung hat.

Die Bewegungen des Eigenthumes unter Lebenden werden vermittelt durch Verträge. Solche Verträge, Vorverträge, gehen auch der Auflassung als Akt der Eigenthumsübertragung voraus. Diese Vorverträge werden, nach Form und Inhalt, nach den bestehenden Vorschriften über Verträge überhaupt beurtheilt, und regeln das obligatorische Rechtsverhältniß der Kontrahenten unter einander. Es wird daher nicht allein das Recht auf Erfüllung, auf Uebergabe, Gewährleistung und Auflassung unter den Vertragsinteressenten nach der Natur des Vorvertrages beurtheilt, sondern auch die Mängel des Geschäfts äußern unter den Kontrahenten ihre Wirkung auf die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit der Auflassung und Eintragung. Auch dritte Personen, z. B. die Gläubiger des Veräußerers, können, in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, wegen Verletzung ihrer Rechte eine Eintragung, den unmittelbaren Kontrahenten gegenüber, anfechten, denn die Auflassungstheorie bezweckt nicht die Sicherheit und Unwiderruflichkeit des Eigenthumes unter den Kontrahenten und ihnen gegenüber, sondern nur in Ansehung Dritter, welche unter dem Schutze der

Publizität des Hypothekenbuches Eigenthum erworben haben. Für sie ist der Vorvertrag der Vorbesitzer ein fremdes Geschäft, durch dessen Inhalt ihr durch die Eintragung erworbenes Recht nicht aufgehoben und nicht alterirt werden kann. Ob das der Auflassung vorausgehende Geschäft rechtsbeständig ist, ob dasselbe von den Kontrahenten oder von dritten Personen aufgerufen und angefochten werden kann, ob der Auflassungswille ernstlich gemeint oder simulirt ist, welche Rechtsverhältnisse unter den Veräußerungskontrahenten überhaupt bestehen, Alles dieses ist ohne rechtlichen Einfluß für den Dritten, welcher sein Recht von dem eingetragenen Eigenthümer herleitet und der durch die Eintragung Eigenthümer des Grundstückes geworden ist. Der Erwerbungstitel und die Erwerbungsart liegen für den Dritten in dem Akte der Auflassung und in der Thatsache der Eintragung, in ihrer Abstraktion von den vorausgegangenen Verträgen. Der eingetragene Eigenthümer ist daher zur unbedingten Disposition über das Grundstück jedem Dritten gegenüber legitimirt, und das solchergestalt erworbene Eigenthum kann von Niemandem, wegen Mängel vorausgegangener Rechtsgeschäfte angefochten oder aufgerufen werden.

Diese Erwerbungsart durch Eintragung ist von der Person der Vorbesitzer und von den rechtlichen Beziehungen derselben zu einander so absolut losgelöst und frei gemacht, daß auch die Kenntniß des eingetragenen Erwerbers von den Mängeln der Vorgeschäfte, mala fides, einflußlos ist auf dessen durch die Eintragung begründetes dingliches Eigenthumsrecht. Die landrechtliche Vertrags- und Eigenthumstheorie ist durch das Dogma der mala fides für den Verkehr so nachtheilig beeinflußt, so unsicher und so schwankend gemacht, daß es einmal Pflicht der Gesetzgebung ist, die Lehre von der Gut- und Schlechtgläubigkeit einer gründlichen, zeitgemäßen Revision zu unterwerfen. Daß der Betrug, dolus, die Verletzung der Rechte Anderer im bewußten Wollen, in allen Formen seiner thatsächlichen Erscheinung, vom Gesetze gemißbilligt werden muß, daß durch Betrug veranlaßte Willenserklärungen rechtsunverbindlich sind, und daß endlich der betrüglich Handelnde keine Rechte, sondern nur Pflichten überkommt, das sind Grundwahrheiten des natürlichen Rechts, durch die Moral sanktionirt und von dem positiven Rechte anerkannt.

Außerdem giebt es aber Willenszustände, welche zwar nicht einen Betrug, die absichtliche und vorsätzliche Verletzung fremder Rechte, begründen, die aber doch einen Mangel derjenigen Aufmerksamkeit und Besonnenheit an den Tag legen, zu welcher ein Dritter an sich im Allgemeinen, oder einer bestimmten anderen Person gegenüber, verpflichtet ist. Die Verhältnisse des sozialen Lebens und die Beziehungen der Menschen zu einander bringen Verhältnisse und Rechtsbeziehungen mit sich, die auch Dritten eine gewisse Aufmerksamkeit und Sorgsamkeit zur Pflicht machen, und je wichtiger jene Verhältnisse und Rechtsbeziehungen sind, um so höher

ist die Pflicht zur Diligenz. Willenszustände oder Handlungen, durch welche diese Pflicht zur Diligenz verletzt wird, fallen in das Gebiet der imputabelen civilrechtlichen Schuld und werden, als zwischen dolus und casus in der Mitte stehend, nach dem Umfange der Verantwortung als culpa lata oder culpa levis bezeichnet. Während der dolus und die culpa[1]) als verschiedene Grade des civilrechtlichen Unrechts und der Vertretungspflicht in Bezug auf das Obligationenrecht, in Beziehung auf die Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten sich darstellen, wird die Imputation, die sittliche Stellung zum Eigenthume und zum Besitze, durch den Begriff der bona fides, Gutgläubigkeit, und mala fides, Schlechtgläubigkeit, bezeichnet. Unter mala fides versteht man die Wissenschaft der Mängel des Eigenthumes und Besitzes, die Kenntniß der Rechtsungültigkeit des Erwerbes, conscientia rei alienae. Ja selbst ein imputabeler Irrthum[2]) über die Rechtmäßigkeit des Eigenthumes macht den Besitz fehlerhaft, den Besitzer zu einem malae fidei possessor. — Unter bona fides begreift man den Mangel jener Kenntniß, die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit des Besitzes, bonae fidei possessor[3]). Die mala fides, das Bewußtsein der Unredlichkeit, kann sich aber nicht bloß in Beziehung auf Eigenthum und Besitz, sondern auch bei allen dinglichen Rechten, als Ausflüßen des Eigenthumes, z. B. bei dem Pfandrechte, der Emphyteusis, den dinglichen Servituten, äußern[4]) Die bona fides hängt in vielfacher Beziehung von der Beschaffenheit des Erwerbungstitels ab, und kann, soweit dieses nicht der Fall ist, als den inneren Zustand, die Ueberzeugung des Besitzers darstellend, in den meisten Fällen nicht Gegenstand des Beweises sein. Das Römische Recht stellt daher die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes auf und überläßt es demjenigen, welcher das Eigenthum und den Besitz eines Anderen anficht, des Letzeren Unredlichkeit, mala fides, zu beweisen[5]). Der malae fidei possessor ist zur Zurückgabe der Sache cum omni causa und zur Schadloshaltung verpflichtet.

---

[1]) L. 1. §. 5. 2. D. L. 39. 40. D. (4. 3.) L. 7. §. 9. 10. D. (2. 14.) L. 226. D. (50. 16.) L. 23. D. (50. 17.) L. 1. §. 1. D. (11. 6.) v. Savigny, System B. 3. S. 117. v. Savigny, das Recht des Besitzes, von Rudorff (Wien 1865) S. 462. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §§. 16 fl., Tit. 4. §§. 84. fl. Tit. 5. §§. 285. fl.

[2]) L. 44. §. 4. D. (41. 3.) L. 7. §. 2. D. (41. 4.)

[3]) Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse. L. 109. D. (50. 16.) L. 2. §. 17. L. 7. §. 4. seq. D. (41. 4.) Mevius, dec. VI. 153. Leyser, spec. 444. n. 3. v. Savigny, System B. 5. S. 335. v. Savigny, das Recht des Besitzes. S. 490 Unterholzner, Lehre von der Verjähr. (Breslau 1815.) S. 179. A. L.-R. Th. I. Tit. 7. §§. 10. fl.

[4]) v. Savigny, System B. 5. S. 337.

[5]) L. 18. §. 1. D. (22. 3.) L. 30. C. (18. 45.) cap. 47. in 6to de R. J. (5. 13.) Praesumitur ignorantia, ubi conscientia non probatur. Arndts a. a. O. S. 163. 240. v. Savigny, Obligationrecht B. 2. S. 149.

Dieser Rechtstheorie über Eigenthum und Besitz, über die Vermuthung der Redlichkeit und die Begründung der rei vindicatio ist auch das Allgemeine Preußische Landrecht gefolgt, indem es folgende Rechtssätze aufstellt:

Die Rechtmäßigkeit des Besitzes hängt von der Beschaffenheit des Titels ab[1]), und unredlicher Besitzer ist derjenige, der es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitzt[2]).

Ein bloßer Irrthum in Thatsachen schadet der Redlichkeit des Besitzes nicht, sobald nur der Irrende nicht durch grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrthum gerathen ist[3]).

Wer aber schon zur Zeit der Erwerbung des Besitztitels, bei Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit, Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bei einer in der Folge sich offenbarenden Unrechtmäßigkeit desselben einem unredlichen Besitzer gleich geachtet[4]).

Die allgemeine Vermuthung streitet für die Redlichkeit des Besitzes, wo nicht die Gesetze in gewissen Fällen und Umständen die besondere Vermuthung des Gegentheils ausdrücklich festsetzen[5]).

Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich[6]).

Wer eine fremde Sache unredlicher Weise an sich gebracht hat, muß sie dem dazu besser berechtigten Rückforderer unentgeltlich zurückgeben[7]).

Ein Gleiches findet gegen Jeden statt, welcher die Sache von einer verdächtigen Person an sich gebracht hat[8]).

Der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen[9]). Weiß aber derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer über das Grundstück Verhandlungen schließt, daß derselbe nicht wahrer Eigenthümer sei, so kann er dadurch, zum Nachtheile des Letzteren, kein Recht erwerben[10]).

---

[1]) Vgl. §. 10. Th. I. Tit. 7.
[2]) §. 11. a. a. O.
[3]) §. 13. a a. O.
[4]) §. 14. a. a O.
[5]) §. 18. a. a. O.
[6]) §. 179. a. a. O.
[7]) §. 17. Th. I. Tit. 1. 15.
[8]) §. 18. a. a. O.
[9]) §. 7. Th. I. Tit. 10.
[10]) §. 10. a. a. O.

Wer es weiß, daß derjenige, von welchem sein Titel sich herschreibt, nicht wahrer Eigenthümer sei, der kann weder durch Eintragung, noch durch Uebergabe ein Eigenthumsrecht erwerben. [1])

Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Anderen weiß, kann zum Nachtheile desselben die früher enthaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen. [2])

Soweit der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt worden, getilgt wird, soweit erlöscht zwar in der Regel auch das dingliche Recht des Gläubigers. [3])

Unterläßt der Schuldner aber die Löschung, so kann er die Verhandlung eines Dritten, worin derselbe mit dem eingetragenen Gläubiger redlicher Weise, auf den Glauben des Hypothekenbuchs, sich eingelassen hat, zum Nachtheile dieses Dritten nicht anfechten. [4])

In dem Systeme des Allgemeinen Landrechts ist hiernach das Dogma von dem guten Glauben in allen Lehren des dinglichen Rechts mit Konsequenz durchgeführt und noch durch den Begriff des „unrechtfertigten Besitzers", d. i. eines solchen Besitzers, der aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels irrt, erweitert worden. [5]) Die Publizität des Hypothekenbuches schützt nur den gutgläubigen Erwerber. —

Aber was ist denn ein guter Glaube und ein schlechter Glaube? Worin besteht die Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes? Worauf erstreckt sich das Kennen und das Wissen? Wann muß dieses Wissen stattgefunden haben, und wie wird es bewiesen? Ein Labyrinth von Zweifelsfragen eröffnet sich und macht die wichtige Lehre des Civilrechts kontrovers, unsicher und abhängig von einem unbestimmten Gefühls-Dogma. Nicht allein die Kenntniß der Unrechtmäßigkeit des Erwerbungstitels, also der dolus im Obligationenrechte, sondern auch ein Irrthum in Thatsachen soll der Redlichkeit schaden. Die Beschaffenheit des Besitzes, die Redlichkeit und Unredlichkeit desselben, ist daher bedingt durch den Einfluß der imputabelen civilrechtlichen Schuld, durch die Einwirkung der culpa lata und culpa levis. Der höhere und geringere Grad der Aufmerksamkeit bei der Prüfung des Erwerbungsgrundes soll die Redlichkeit und Unredlichkeit des Erwerbers bedingen. Daher nicht allein die Qualität des Erwerbungstitels in seiner äußeren, erkennbaren Erscheinung, sondern eben dieser Titel in Verbindung mit anderen Umständen aus der Person des Erwerbers, aus der Person des Veräußerers,

---

[1]) §. 24. a. a. O.

[2]) §. 25. a. a. O.

[3]) §. 520 Thl. I. Tit. 20. A. L.-R.

[4]) §. 522. a. a. O.

[5]) §. 14. Thl. I. Tit. 7. A. L.-R.

ja selbst aus der Person eines früheren Besitzers, das Meinen, Glauben und Dafürhalten, also rein innere Zustände des Willens werden in Betracht gezogen, um zu entscheiden, ob der Erwerber in bona oder in mala fide gewesen ist. Es wird zu diesem Endzwecke geprüft, ob der Erwerber mit derjenigen Aufmerksamkeit und Besonnenheit zu Werke gegangen ist, zu welcher er nach den Umständen und nach der Meinung des Richters, der unter ganz anderen Verhältnissen, mit anderem Maßstabe mißt, verpflichtet gewesen ist. Ein inquisitorisches Verfahren wird angestellt, um zu entscheiden, ob die Erwerbung rechtmäßig ist oder nicht. Von dem Ausfalle dieser, in jedem einzelnen Falle zweifelhaften Prüfung, von dem Ermessen des Richters hängt es daher ab, ob der Erwerber in seinem Besitze geschützt, oder ob er als malae fidei possessor zu den Pflichten der Unredlichkeit des Besitzes verurtheilt wird.

Der folgende Rechtsfall wirft auf diese landrechtliche Lehre von der civilrechtlichen Imputation, auf das Dogma der bona und mala fides in ihrer Anwendung auf Hypothekenrechte, ein so karakteristisches Schlaglicht, daß es angemessen erscheint, denselben hier mitzutheilen.

„Im Hypothekenbuche des Freiguts L. standen 1000 Thlr. rückständige Kaufgelder für den Grafen H. aus einem Kaufvertrage vom Jahre 1845 eingetragen, jedoch ohne Ertheilung eines Hypotheken-Schulddokuments. Diese Post wurde bei der späteren Dismembration des Freiguts unverändert auf die einzelnen Parzellen übertragen. Der Bauer M. hatte im Jahre 1849 von dem damaligen Besitzer des Freiguts, dem Oeconom H., eine der Parzellen erkauft, die vorstehend gedachte Hypothekenforderung aber nicht mit übernommen, H. sich vielmehr verpflichtet, die Löschung derselben zu bewirken. Dieser Verpflichtung war er aber nicht nachgekommen, hatte später die Forderung selbst erworben, und in einer gerichtlichen Verhandlung vom 12. Februar 1859 erklärt, daß er bis auf 300 Thlr. befriedigt sei und diesen Rest von 300 Thlr. an den Kaufmann Sch. cedirt, welcher denselben gegen den Besitzer der Parzelle, Bauer Christian M. eingeklagt hat. Der Verklagte hat dem Anspruche widersprochen und unter Anderem eingewendet, daß die Cession von H. nur in der, dem Kläger bekannten Absicht, seine Gläubiger, und namentlich den Verklagten zu bevortheilen, vorgenommen worden, daß H. zahlungsunfähig und wegen Unterschlagung bestraft sei, daß er gegen denselben auf Erfüllung der kontraktlichen Liberationsverpflichtung schon vor dem 12. Februar 1859 Klage erhoben und unterm 24. Juni desselben Jahres ein obsiegliches Erkenntniß erstritten habe und daß von alle Dem Kläger unterrichtet gewesen sei.

In erster Instanz wies das Kreis-Gericht zu N. den Kläger ab, auf die Appellation desselben erkannte aber das Appellationsgericht zu B. abändernd auf einen vom Kläger dahin zu leistenden Eid,

daß ihm beim Erwerbe der eingeklagten Forderung die im Vertrage von

1849 übernommene Verbindlichkeit des Cedenten H., die Hypothek zur Löschung zu bringen, und somit die Nichtbefugniß desselben zur Cession nicht bekannt gewesen sei,

und verurtheilte, im Falle der Ableistung, den Verklagten nach dem Klageantrage.

Dieser hat noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und das Obertribunal hat auch in seinem Erkenntnisse das Appellations-Erkenntniß vernichtet und in der Sache selbst das erste Erkenntniß bestätigt, aus folgenden Gründen:

Die Entscheidung dieses Rechtsstreites, — so sagt der Nichtigkeits-Beschwerderichter, — hängt davon ab:

ob Kläger bei Erwerb der in Rede stehenden Forderung im guten Glauben gehandelt hat, ob er mithin als redlicher Besitzer derselben anzusehen ist?

da er nur unter dieser Voraussetzung durch den Glauben des Hypothekenbuchs gegen die Einwendungen des Verklagten geschützt ist; §§. 423. 424. 522. Th. I. Tit. 20. A. L.-R. und §. 53. des Anh. zu demselben.

Der Cedent des Klägers, der Oeconom H., hatte sich, wie der Appellationsrichter feststellt, bereits im Kaufvertrage vom 25. August 1849 dem Verklagten gegenüber verpflichtet, die Löschung der in Rede stehenden Forderung zu bewirken, Verklagter war sogar schon vor der Cession wegen Erfüllung dieser Verpflichtung klagbar geworden, und es kann daher kein Zweifel darüber bestehen, daß, wie auch der Appellationsrichter in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter feststellt, H. bei der Cession dolos gehandelt hat. Es kommt jedoch nicht auf die mala fides des H., sondern darauf an, ob dem Kläger die Umstände bekannt waren, welche ihm gerechte Zweifel an der Befugniß des H., über die cedirten 300 Thlr. zu verfügen, erregen mußten. In dieser Beziehung sagt der Appellationsrichter zuvörderst, Kläger habe nicht wissen können, daß H. zur Löschung der Hypothek rechtskräftig verurtheilt worden, da diese Verurtheilung nach den Angaben des Verklagten erst nach der Cession erfolgt sei, und untersucht sodann das Resultat der in zweiter Instanz erfolgten Beweisaufnahme, auf Grund dessen er dem Kläger den erwähnten nothwendigen Eid anvertraut und von dessen Ableistung er die Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der eingeklagten 300 Thlr. abhängig gemacht hat. Mit Recht vermißt Implorant in der Ausführung des Appellations-Richters die Erwägung:

ob nach den, vom Appellationsrichter festgestellten Thatsachen Kläger zur Zeit der Erwerbung der Forderung bei Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln?

da er alsdann, und wenn er sich dessen ungeachtet ohne weitere Untersuchung auf den Erwerb der Forderung eingelassen hat, nach §. 15. Th. I. Tit. 7. A. L.-R. einem unredlichen Besitzer gleich zu achten ist. Der Appellationsrichter

schließt, wie man nach seiner Beurtheilung des Resultats der Beweisaufnahme und der Fassung des erkannten Eides annehmen muß, die Anwendung der §§. 423. und 522. Th. I. Tit. 20. A. L.-R. nur da aus, wo der Cessionar die Einreden des Schuldners kennt, nicht aber da, wo er bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Befugniß seines Cedenten, über die Forderung zu verfügen, zu zweifeln und sich dennoch ohne weitere Untersuchung auf den Erwerb der Forderung eingelassen hat.

Hierin liegt sowohl eine unrichtige Anwendung der §§. 423. und 522. Th. I. Tit. 20. A. L.-R. in Verbindung mit §. 15. des Gesetzes vom 24. Mai 1853, als auch ein Verstoß gegen §. 15. Th. I. Tit. 7. A. L.-R., und dies genügt, um die ausgesprochene Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses zu rechtfertigen.

Was die anderweitige Entscheidung in der Sache selbst betrifft, so ergiebt die nähere Erwägung der vorliegenden Thatsachen, daß Kläger in der That nicht für einen redlichen Besitzer erachtet werden kann. Zuvörderst kommt hierbei in Betracht, daß die cedirte Forderung ohne Ertheilung einer Rekognition eingetragen war und daß auch bei der Cession nicht für die Bildung eines Hypotheken-Instruments gesorgt worden ist, wie die §§. 205. ff. Tit. 2. der Hypotheken-Ordnung vorschreiben. In früheren Fällen ist hierin ein erheblicher Mangel gefunden und angenommen worden, daß ein Cessionar, welcher sich eine Hypothekenforderung hat cediren lassen, über welche ein Dokument nicht vorhanden ist, ohne daß für die Bildung eines solchen gesorgt worden ist, die Forderung nicht unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften erworben habe. cfr. Entscheidungen Bd. 20. S. 222. ff. und Bd. 23. S. 156. ff. — Zwar sind jene Vorschriften der Hypotheken-Ordnung durch den §. 17. des Gesetzes vom 25. Mai 1853, betreffend einige Abänderungen der Hypotheken-Ordnung, insofern modifizirt, als die Bildung und Ertheilung eines Hypotheken-Instruments über dergleichen Forderungen in das Ermessen der Interessenten gestellt, und nur in den Fällen vorgeschrieben ist, wenn die Cession, Verpfändung oder Prioritäts-Abtretung eingetragen werden soll. Allein wenn auch hiernach die Bildung eines Hypotheken-Instruments über eine cedirte Forderung nicht mehr als gesetzliche Nothwendigkeit betrachtet werden kann, so ist doch der Cessionar, welcher sich ohne eine solche auf den Erwerb einer eingetragenen Forderung einläßt, zu ganz besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet, um sich beim Nichtvorhandensein eines Hypotheken-Instruments über die beim Erwerbe der Forderung in Betracht kommenden Umstände auf andere Art möglichst vollständige Kenntniß zu verschaffen. Es mußte daher auch Kläger im vorliegenden Falle auf die Persönlichkeit seines Cedenten und alle Umstände, welche Zweifel an seiner Fähigkeit, über die in Rede stehende Forderung zu disponiren, erregen konnten, besondere Aufmerksamkeit verwenden. H., welcher in erster Instanz

adcitirt worden, hat in der mündlichen Verhandlung vom 10. Februar 1860 eingeräumt, daß Exekution gegen ihn fruchtlos vollstreckt, und daß er wegen Wechselfälschung mit sechs Monat Gefängniß und einem Jahre Untersagung der Ausübung bürgerlicher Ehrenrechte bestraft worden ist. Ferner bekundet der Zeuge P., welcher ebenfalls von H. eine Parzelle des Freiguts L. gekauft hat, er habe sich von demselben hypothekenfreies Folium ausbedungen, ihn aber deshalb verklagen müssen. Im Jahre 1853 und 1854 habe er den Bauer Christian M. aus Z. kennen gelernt, welcher ihm erzählt, daß auch er von H. ein Stück des Freiguts L. gekauft und sich hypothekenfreies Folium ausbedungen, aber nicht erhalten hätte. Zeuge habe dem Kläger im Januar 1859 und später, also nicht sehr lange vor der am 12. Februar 1859 erfolgten Cession der in Rede stehenden Forderung an den Kläger, von seinen Unannehmlichkeiten aus dem gedachten Kaufe mit H. erzählt und demselben mitgetheilt, daß auch der Bauer M. und mehrere Andere Parzellen des Freiguts L. von H. gekauft, daß Alle sich hypothekenfreies Folium ausbedungen, H. solches aber nicht besorgt habe.

Dergleichen Mittheilungen mußten den Kläger nothwendig veranlassen, bevor er sich auf die Cession einließ, nähere Erkundigungen darüber einzuziehen, ob die Forderung wirklich noch bestehe und ob H. darüber zu disponiren befugt sei. Hierzu kommt endlich, daß nach der amtseidlichen Aussage des instrumentirenden Richters, welcher die Cession vom 12. Februar 1859 aufgenommen hat, demselben das ungewöhnliche Drängen des H. und Sch. befremdend gewesen ist, indem sie es abgelehnt, des Nachmittags wieder zu kommen und dem Richter Zeit zu lassen, sich von der Sache näher zu informiren.

Nach allem Diesen kann es nicht zweifelhaft sein, daß Kläger zur Zeit des Erwerbes der in Rede stehenden Forderung bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, daß er nach §. 15. Th. I. Tit. 7. A. L.=R. einem unredlichen Besitzer gleich geachtet werden muß, daß ihn daher der Glaube des Hypothekenbuchs gegen Einwendungen nicht schützt, welche dem Schuldner seinem Cedenten gegenüber zustanden und daß er sich mithin auch entgegensetzen lassen muß, sein Cedent sei nicht befugt, die in Rede stehende Forderung geltend zu machen, weil er sich selbst dem Verklagten gegenüber verpflichtet habe, deren Löschung zu bewirken und sogar rechtskräftig dazu verurtheilt worden sei". [1])

Je richtiger diese Ausführung nach dem bestehenden Rechte ist, um so dringender erscheint die Abhülfe und die Aenderung einer Rechtstheorie, die nur geeignet ist, die Bewegung des Grundeigenthumes zu erschweren und den Immobiliarkredit lahm zu legen. Wenn der Erwerb eines Grundstückes von dem eingetragenen Besitzer nicht mehr sicher ist, weil neben dem Bucheigenthümer,

---

[1]) Erk. des Ober=Tribunals v. 14. Juni 1861 (Entsch. B. 46. S. 126.

d. i. dem von einer öffentlichen Behörde, nach vorgängiger Prüfung, in das zum Nachweise des Eigenthumes bestimmte öffentliche Buch eingetragenen Eigenthümer, ein wahrer, wirklicher Eigenthümer existirt, dem gegenüber jener Bucheigenthümer nur ein fingirter Eigenthümer ist; wenn die lästigsten Realverpflichtungen, Ausgedinge, Niesbrauchs- und viele andere auf speziellem Titel ruhende Rechte, ohne Eintragung auf den Erwerber übergehen, entweder weil man dieselben für unmittelbare, primitive dingliche Rechte erachtet, oder weil der Erwerber zur Zeit der Erwerbung des Grundstückes Kenntniß davon gehabt hat, wenn man accessorische dingliche Rechte nicht für existent erachtet, weil der Erwerber gewußt hat, daß der Konstituent nicht wahrer Eigenthümer des Grundstückes gewesen, oder, daß die Forderung inzwischen getilgt worden, und wenn alle die Nachtheile der mala fides eintreten, wenn der Erwerber auch nur den gehörigen Grad der Aufmerksamkeit nicht angewendet hat, die angeblich verdächtigen Umstände daher hätte wissen können, — wie kann bei solchen schwankenden, unsicheren und dehnbaren Rechtsgrundsätzen ein gesicherter Eigenthums- und Hypothekenverkehr bestehen. Weniger das formelle Hypothekenrecht hat Schuld an der Lahmlegung des Immobiliarkredits, als das materielle Recht; denn Sicherheit und Garantie für die Form gewährt die Gesetzgebung in ausreichendem Maße.

Es ist daher ein Bedürfniß des Verkehrs, und alle Ansichten drängen dahin, daß die subtile, unhaltbare Lehre von der bona und mala fides aus dem Systeme des Immobiliar-Sachenrechts entfernt werde. Der Entwurf vom Jahre 1864 [1]) hat sich auf diese Höhe doktrinärer Anschauung nicht zu stellen vermocht, denn er erörtert die Frage:

> Ob, wenn die Eintragung bei Begründung der dinglichen Rechte allein entscheidend sei, die Wissenschaft von dem Umstande, daß der Auktor nicht wahrer Eigenthümer sei, und dem älteren Titel eines Anderen erheblich sein könne? (I. Tit. 10. §§. 24. 25; I. Tit. 19. §. 5.) und ob daher diese Paragraphen insoweit nicht einer Abänderung bedürften?

durch folgende Erwägung: „Das Allg. L.-R. hat im Allgemeinen den Grundsatz aufgestellt, daß Niemand zum Nachtheil eines erworbenen Rechts, sei es auch nur ein persönliches zu einer bestimmten Sache, wissentlich neue Rechte erwerben könne. Diesen Grundsatz wendet es bei Erwerb dinglicher Rechte, die sich ausschließen, denn bei solchen, welche nebeneinander bestehen können, wie Pfandrechte, Servituten ꝛc. kommt der Grundsatz nicht zur Geltung, an, und will daher ebenso die frühere Uebergabe, als die Eintragung nicht für ausreichend achten, um den bekannten älteren Titel eines Anderen auszuschließen. Ob dies Prinzip, welches ein Grundprinzip des Allgemeinen Landrechts und

[1]) S. 38.

ethischer Natur ist, seine volle Berechtigung habe, da es Jedermann unbenommen ist, sein persönliches Recht dinglich werden zu lassen, und wenn er dafür nicht gewirkt, es in seinem Willen oder in seiner Nachlässigkeit beruht, und im ersten Falle der spätere Erwerber mit dem Willen des Anderen handelt, im zweiten Falle aber nicht verpflichtet scheint, sich des Erwerbes und gesuchten Vortheils zu enthalten, dies mag dahin gestellt werden; es mag zugegeben werden, daß es der harmonischen Durchbildung der Theorie nicht entspreche und jene Wissenschaft nicht einem bösen Glauben gleich zu stellen sei.

Es scheint jedoch ohne Revision des Allgemeinen Landrechts überhaupt unstatthaft, hier eine Aenderung, wäre sie gerechtfertigt, eintreten zu lassen, und zwar um so weniger, als hierbei gerade Besitzübergabe und Eintragung gleichgestellt sind, und eine stückweise Abänderung nicht gerechtfertigt sein kann".

Auch das Gesetz für Neuvorpommern [1]) verlangt für den Erwerber allgemein den guten Glauben. Die Motive zu dem Gesetze geben zwar keine Aufklärung über den Begriff der bona oder mala fides, auch nicht über die Momente, wodurch die bona und mala fides begründet und aufgehoben werden; allein das Römische Recht und die Doktrin haben alle diese positiven und negativen Momente zum Nachtheile eines freien Verkehrs in subtiler Weise ergänzt. [2])

Die neuere Gesetzgebung und Rechtswissenschaft nehmen zu der Lehre über die bona und mala fides bei dem Erwerbe von Grundeigenthum und dinglichen Rechten eine freiere, dem Verkehre günstigere Stellung ein. Schon das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch [3]) bestimmt:

> „Hat der Eigenthümer aber dieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen, so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung nachgesucht hat,"

ohne auf Gut- oder Schlechtgläubigkeit Gewicht zu legen, und die Motive zum Bayerischen Entwurfe des Sachenrechts vom Jahre 1864 [4]) lehnen ausdrücklich ab, daß die Kenntniß eines älteren, fremden Erwerbungstitels ein Hinderniß für die Eintragung des Eigenthumes sei. Auch die Mecklenburgische Stadtbuchordnung vom 22. Dezember 1829 [5]), die revidirte vom 21. Dezember 1857 [6]) und das Gesetz vom 2. Januar 1854 [7]), sowie das Sächsische Gesetzbuch vom

---

[1]) §. 23.

[2]) L. 44. §. 4. D. (4 13). L. 7. §. 2 D. (41. 4). Si . . . non levi praesumtione credat. — Aut scire debet.

[3]) §. 440.

[4]) S. 38.

[5]) §§. 8. u. 47.

[6]) §§. 36. 37.

[7]) §. 32.

Jahre 1863 [1]) gehen von dieser Rechtsauffassung aus. Wenn das Mecklenburgische Gesetz vom 1. Januar 1854 [2]) auch verordnet:

„durch den Beweis bösen Glaubens dessen, welcher diese gesetzlichen Vorschriften unter Nr. 1 und 2 in Bezug nimmt, wird die Anwendung derselben ausgeschlossen,"

so bezieht sich doch diese Vorschrift nicht auf die Kenntniß bloßer persönlicher Ansprüche Dritter auf die Eintragung, sondern auf die Fälle einer erhaltenen Eintragung wegen Betruges, wegen Kenntniß von Nichtigkeitsgründen. Flandin [3]) in seiner Schrift: Loi sur la transcription en matière hypothékaire Paris, 1861 tom 2, p. 63 sagt: „c'est un acte contraire à la conscience. Mais c'est là un fait, qui relève uniquement de la conscience, qui par conséquent appartient au foi intérieur et n'est pas du domaine de la loi.

Dieser modernen Rechtsauffassung über den Einfluß der Schlechtgläubigkeit hat sich auch der neueste Preußische Entwurf über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke angeschlossen, indem er bestimmt:

„Hat der eingetragene Eigenthümer das Grundstück an Mehrere nach einander veräußert, so wird doch nur derjenige Eigenthümer, welcher in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist, auch wenn er den älteren Titel eines Anderen gekannt hat, oder Letzterem vom Veräußerer das Grundstück übergeben worden ist". [4])

Und dieser dogmatische Standpunkt ist der allein richtige. Man wendet dagegen zwar ein: der gute Glaube, die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit des Besitzes, oder richtiger in negativer Auffassung, der Mangel der mala fides, d. i. der Kenntniß von Thatsachen, wodurch die Redlichkeit des Besitzes aufgehoben wird, sei die Bedingung für jeden Eigenthumserwerb, ein ethisches Gesetz, welches über dem positiven Rechte stehe, und durch dessen Aufhebung das oberste Prinzip der Moral aus dem Gesetze entfernt werde. Aus unerlaubten Handlungen, aus der Nichtachtung der Rechte Anderer, dürfe Niemand Rechte erwerben, die auf den Schutz des Gesetzes Anspruch hätten. Derjenige mißachte und kränke aber die Rechte eines Anderen, der diese Rechte kenne oder kennen müsse, an der Rechtmäßigkeit seines eigenen Erwerbungsrechtes daher zu zweifeln Grund habe, und dennoch ein besseres Recht für sich in Anspruch nehme. Die Gutgläubigkeit, die Ueberzeugung der Rechtmäßigkeit des Erwer-

---

[1]) §. 276.
[2]) §. 32, Nr. 3.
[3]) Mot. S. 30.
[4]) §. 6 des Entw.

des, nach äußerer Form und Inhalt des Geschäftes, sei daher auch bei den Bewegungen des Grundeigenthumes vor der Hypothekenbehörde nicht zu entbehren. — Allein diese engen und strengen Grundsätze der Moral haben in dem Systeme des positiven Rechts, im Interesse des Verkehres, nicht überall Eingang gefunden.

Die Verhältnisse der bürgerlichen Gesellschaft sind, wie die Beziehungen des öffentlichen Rechts, so mannigfach, so verschieden, oft so tief eingreifend in das Leben des Einzelnen und des Ganzen, von so hohem Einflusse auf die Gestaltung des Handels und des Verkehrs, der Beschäftigung der Völker, daß die Gesetzgebung für die Verhältnisse der sozialen und bürgerlichen Gesellschaft eine freiere, ungezwungere Stellung einnehmen muß. Nicht jedes Gesetz ist für alle Völker und für alle Verhältnisse gleich gut; nicht jedes Gesetz wirkt überall gleich nützlich. Das Bedürfniß eines Volkes regelt den Geist und den Gang der Gesetzgebung. Die strenge Moral, welche die Handlung des Einzelnen leitet, in vielen Fällen von dem Gefühle und dem Gemüthe beeinflußt wird, kann daher nicht überall den Weg für die internationale Gesetzgebung vorzeichnen. Die Lehre von der Verjährung, also von der Erwerbung des Eigenthumes durch fortgesetzten Besitz, und von dem Verluste des Klagerechts wegen versäumter Anstellung der Klage, Rechtsinstitute nicht des natürlichen, sondern des positiven Rechts, und publizistischen Karakters; die Vorschrift über die Rechtsabhängigkeit der Geschäfte von einer bestimmten Form, und viele andere Bestimmungen des materiellen und formellen Rechts, Kontumazialfolgen und rechtliche Fiktionen, stehen an sich schon, mehr oder weniger im Widerspruche mit den abstrakten Lehren einer ängstlichen und strengen Moral. Denn was einmal von dem Sittengesetz als Unrecht bezeichnet wird, das kann nicht durch den Lauf der Zeit, durch Versäumniß, durch rechtliche Fiktion oder durch den Eintritt zufälliger Umstände Recht werden. Und dennoch ist die Verjährung in allen positiven Gesetzgebungen als ein Erwerbungstitel rechtlich anerkannt. Die Klage- (erlöschende) Verjährung ist nach Römischem Rechte in keinem Falle durch den guten Glauben desjenigen, zu dessen Vortheile sie gereicht, bedingt;[1]) während das kanonische Recht von dem kirchlichen Standpunkte aus den Grundsatz aufstellt: Quod non est ex fide, peccatum est. Nulla valet praescriptio absque bona fide.[2]) Das Allgemeine Preußische Landrecht ist dieser kirchlichen Auffassung nicht gefolgt, hat sich vielmehr dem Systeme des Römischen Rechts genähert und den Grundsatz auf gestellt, daß zur erlöschenden Verjährung die bona fides nicht erforderlich ist, daß aber die Wirkung der Verjährung, nämlich die Vermuthung der Tilgung, beseitigt werde durch den Beweis, daß sich der Verjährende, unredlicher Weise und gegen

[1]) L. 8, §. 1. C. (7. 39).
[2]) cap. 20, X. (2. 26).

besseres Wissen, der Erfüllung seiner Verbindlichkeit entzogen habe.[1]) Diese ungenaue und daher Zweifel und Bedenken erregende Bestimmung über die Wirkung der Verjährung durch Nichtgebrauch ist dagegen ganz aufgegeben in dem Gesetze vom 18. Juni 1846 (Gesetz-Sammlung S. 140) über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben, welches die absolute erlöschende Rechtswirkung der Verjährung anerkennt und den Nachweis der Unredlichkeit ganz ausschließt. Auch in dem materiellen Hypothekenrechte enthält das Allgemeine Landrecht eine wichtige Ausnahme von dem Dogma der mala fides, indem die Kenntniß des früher entstandenen Titels zu einer Hypothek dem später eingetragenen Erwerber oder Hypothekengläubiger nicht nachtheilig, eine Kollision der dinglichen und persönlichen Rechte in dieser Beziehung daher ausgeschlossen ist. Auch das Handels- und Wechselrecht nimmt zu der Lehre über die mala fides eine freiere und ungezwungere Stellung ein. Das positive Recht enthält daher schon an sich Materien, in welchen die Wirkung der mala fides im Interesse des öffentlichen Verkehrs modifizirt und die Berufung auf die Unredlichkeit beseitigt ist.

Außerdem ist aber auch der Begriff der mala fides, als in das Gebiet des imputabelen Irrthumes hinübergreifend und von dem Grade der angewendeten Aufmerksamkeit und Besonnenheit abhängig, schwankend, unbestimmt und in jedem einzelnen Falle, nach Existenz und Wirkung, dem richterlichen Ermessen, ohne positiven Anhalt, unterworfen. Wenn der Betrug und die Theilnahme an dem Betruge Rechtsschutz gewährt, so ist das geboten durch die absolute Immoralität der Handlung und durch die Gefährlichkeit des entgegengesetzten Prinzips für Ordnung und Sittlichkeit; allein dem Erwerber unter allen Umständen und bei allen Geschäften gleichmäßig die Pflicht aufzuerlegen, die Legitimation des Veräußerers nach Befugniß und Recht zu prüfen, die Erfüllung dieser Pflicht nach dem Grade der aufgewendeten Aufmerksamkeit zu beurtheilen, und von dem Resultate dieser Prüfung die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes und des Eigenthumserwerbes abhängig zu machen, das verträgt sich nicht mit dem Bedürfnisse des öffentlichen Verkehrs. Das Gesetz befreit von einer solchen Verpflichtung daher auch schon Denjenigen, welcher bewegliche Sachen in öffentlicher Versteigerung von dem Fiskus, in den Läden von Kaufleuten und auf öffentlichen Märkten oder Messen gekauft hat, und gestattet die Eigenthumsklage nur gegen denjenigen Erwerber, dem das fremde Recht bei der Veräußerung bekannt gewesen ist.[2]) Die Gränze der Schlechtgläubigkeit ist in dem Allgemeinen Landrecht auf das Weiteste gezogen: „Wer es weiß, oder nach Lage der Sache wissen konnte, daß ein besser Berechtigter vorhanden ist, daß einem Ande-

---

[1]) Th. I, Tit. 9. §§. 568. 569. Th. I, Tit. 6. §. 54.

[2]) Allg. L.-R. Th. I, Tit. 15, §§. 42 f. Allg. d. H.-G. Art. 306. Oesterr. bürgerliches Ges.-B. §. 367.

ren ein früher entstandener Titel zur Seite steht, der befindet sich in mala fide".[1]) Der Erwerber muß zwar seinen eigenen Erwerbsgrund vertreten, für die Rechtsgültigkeit seines eigenen Erwerbungstitels sorgen, allein den Erwerbungsgrund seines Auktors, oder der weiteren Vormänner zu prüfen, das ist eine große, verantwortliche Last, die zumeist hart die Redlichen und Vorsichtigen trifft.

Wie daher die Grundsätze über die mala fides schon in vielen Rechtsdisziplinen, im Interesse des öffentlichen Verkehrs, modifizirt worden sind, so lassen sich dieselben auch mit der Publizität des Hypothekenbuches nicht vereinen. Wer von dem eingetragenen Eigenthümer ein Grundstück erworben hat, der ist der Prüfung des Erwerbungstitels seines Veräußeres enthoben, und wer sein Eigenthum in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, der muß gegen Jedermann in seinem Eigenthume geschützt sein. Denn einen besser Berechtigten, als der vom Hypothekenbuche nachgewiesene Eigenthümer ist, kann es für Dritte nicht geben.

Es kann Jemand bezüglich eines Grundstückes durch Verträge persönliche Rechte erwerben, und diese persönlichen Rechte mögen auch Wirksamkeit und Rechtsfolge haben unter den Kontrahenten; allein sie müssen gegen Denjenigen zurückstehen, der durch die Eintragung sein Recht zu einem dinglichen gemacht hat. Die Kenntniß von einem früher entstandenen Titel ist nicht geeignet, das Recht des eingetragenen Eigenthümers zu beeinträchtigen. Der persönlich Berechtigte trägt in vielen Fällen selbst die Schuld, wenn sein Eigenthum durch die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht sicher gestellt und der rechtliche Vortritt eines Dritten dadurch möglich gemacht wird. Die Kenntniß von dem Abschlusse eines früheren Veräußerungsvertrages auf Seiten des später eingetragenen Erwerbers begründet auch für diesen an sich, unter allen Umständen, noch nicht eine mala fides, da Umstände vorgekommen sein können, wodurch in der Zwischenzeit jenes ältere Veräußerungsgeschäft ohne jeden Vertragsbruch, in gesetzlich zulässiger Weise, wieder aufgehoben und modifizirt worden ist, diese Umstände aber dem späteren Erwerber im gleichen Maße vielleicht nicht bekannt geworden sind. Der Erwerber kann in der späteren Veräußerung an ihn geradezu eine Bestätigung der Annahme finden, daß ein früherer Erwerbstitel wieder beseitigt worden ist; jedenfalls hat er keine rechtliche Veranlassung, sich um eine frühere Veräußerung zu kümmern, die Rechte des persönlichen Veräußerers wahrzunehmen, und sich dadurch in ein Rechtsverhältniß einzumischen, welches ihn nicht berührt. Die gesetzliche Bestimmung, daß das Eigenthum an Grundstücken nur durch den Akt der Eintragung erworben werde, und daß die Kenntniß eines früheren Erwerbungstitels dem Eigenthumserwerbe durch die Eintragung nichts schade, wird die wohlthätige Wirkung haben, daß

[1]) Allg. L.-R. Th. I. Tit. 10, §. 26, 25, Tit. 19, §. 5.

sich ein Jeder beeilen wird, ein persönliches Eigenthumsrecht durch die Eintragung zu einem dinglichen zu machen, um dadurch dem Eigenthume selbst Sicherheit und rechtliche Existenz zu verleihen.

Wie sehr es Bedürfniß ist, den Begriff und den Einfluß der landrechtlichen Lehre von der mala fides bezüglich des Eigenthumserwerbes einzuschränken und abzuschwächen, das hat selbst der Entwurf vom Jahre 1864, welcher der Schlechtgläubigkeit volle Wirksamkeit einräumt, nicht in Abrede zu stellen vermocht. Denn der §. 24 Th. I, Tit. 10 Allg. Landr. bestimmt:

„Wer es weiß, daß Derjenige, von welchem sein Titel sich herschreibt, nicht wahrer Eigenthümer sei, der kann weder durch Eintragung, noch durch Uebergabe ein Eigenthumsrecht erlangen.“

Nach den Worten dieser Gesetzesvorschrift und nach der Theorie des Allgemeinen Landrechts muß der Mangel des guten Glaubens auch in der Kenntniß solcher Thatsachen gefunden werden, durch welche der Erwerbungstitel des eingetragenen Auktors entkräftet und zur Uebertragung des Eigenthumes nicht geschickt gemacht wird. Auf dieser rechtlichen Auffassung beruht zum Theil der landrechtliche Begriff vom unrechtfertigen Besitzer.[1]) Allein der Entwurf vom Jahre 1864[2]) giebt jener Bestimmung eine sehr einschränkende Auslegung, indem er dieselbe, wie das Mecklenburgische Gesetz vom 2. Januar 1854 §. 32 es thut, nur auf den wirklichen dolus malus, auf Umstände bezieht, welche die Eintragung als irrig geschehen, oder als wirkungslos erscheinen lassen, so also z. B. wenn die Eintragung nur zum Schein, zur Verkürzung der Gläubiger geschehen, durch Betrug, Verwechselung oder Irrthum herbeigeführt worden, oder wenn durch Urtel und Recht die Ungültigkeit ausgesprochen, das Grundstück im Wege der nothwendigen Subhastation oder der Expropriation bereits dem eingetragenen Eigenthümer abgesprochen, oder bereits Litigiosität eingetreten, oder dem Veräußerer die Dispositions-Befugniß entzogen worden ist, wenngleich diese Umstände nicht gerade aus dem Hypothekenbuche hervorgehen.

Aus alle dem wird zur Genüge die Thatsache konstatirt, daß die Lehre von der mala fides schwankend und ihre Anwendung auf Hypothekenrechte nachtheilig und verderblich ist. Die Beseitigung dieses für die Bewegungen des Grundeigenthumes nachtheiligen Dogmas verdient daher alle Anerkennung.

Aber, so wendet man gegen die ganze Theorie der Auflassung ein:

1. sie verletze und hebe auf eine mehr denn tausendjährige Rechtsgewohnheit. Der Vorwurf mag in historischer Beziehung richtig sein; allein das Römische Recht hat, bei aller Vortrefflichkeit, auch mancherlei Nachtheil befördert, und manche vortreffliche Deutsche Rechtsinstitution ist aus blinder Vorliebe für

---

[1]) §. 14, Th. I, Tit. 7 A. L.-R.

[2]) S. 39.

das fremde, rezipirte Recht verdrängt worden. Im Handels- und Wechselrechte dagegen hat dasselbe seine Anwendbarkeit in vielen Stücken ganz verloren, und wenn es in der Theorie des Eigenthumserwerbes seinen Einfluß für Hypothekenrechte einbüßt, so ist das kein Verlust, vielmehr das Schicksal aller menschlichen Einrichtungen, welche dem Geiste des Fortschritts und der Entwickelung unterthan sind. Die gegenwärtige Hypothekeneinrichtung war in Rom nicht bekannt; sie ist ein Institut des Germanischen Rechts und die Unterlage des modernen Realkredits;

2. sie störe die Einheit des Rechts, indem nunmehr verschiedene Erwerbungstheorien für das eingetragene und für das nicht eingetragene Eigenthum beständen. Für das erste gelte das Auflassungssystem, für das letztere das Traditionssystem. Auch diese Thatsache ist richtig. Allein diese Rechtsverschiedenheit ist gegeben durch die karakteristische Verschiedenheit des Buch-Eigenthumes und des Nicht-Bucheigenthumes. Das erstere soll seine rechtliche Existenz erhalten durch den Akt der Publizität, durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher und freigemacht werden von der Unsicherheit der civilistischen Uebertragungsformen der Tradition. Gleiche Rechtsverschiedenheit waltet in verschiedenen Disziplinen ob, z. B. über das Pfandrecht und über hypothekarische Sicherungsrechte. Wie der Erwerb accessorischer dinglicher Rechte ausschließlich durch die Eintragung begründet wird, so soll auch für das Eigenthum die Eintragung als Erwerbungsart konstituirt werden. Jedenfalls beseitigt die Theorie den rechtsverletzenden Dualismus des wahren und fingirten Eigenthumes und verhindert jede Eigenthumskollision bei demselben Grundstücke, wie sie bei dem bisherigen Systeme möglich und nicht selten war. Es wird sich für die Zukunft ein jeder Erwerber beeilen, sich die Vortheile des Buch-Eigenthümers zu verschaffen, und es wird sich die Zahl der Grundstücke, für welche kein Hypothekenbuch besteht, um so mehr vermindern, als die Kosten der Eintragung ermäßigt werden;

3. es werde durch die Bestimmung des Entwurfes[1]): „daß die Gefahr der Sache durch die Eintragung auf den Erwerber übergehe," der Zeitpunkt für den Uebergang der Gefahr, zum Nachtheile der Interessenten, verrückt. Dieser Vorwurf erscheint nicht begründet. Nach Römischem Rechte fällt die Perfektion des Vertrages mit der Uebereinstimmung des Vertragswillens zusammen,[2]) und mit dem Augenblicke der Perfektion gehen commodum und periculum auf den Berechtigten über.[3]) Creditoris est rei periculum. Der Code Napoléon ist dieser Römischen Rechtstheorie gefolgt, so daß also auch ohne Uebergabe die

---

[1]) §. 8. des Entw.

[2]) Puchta, a. a. O. §. 251. Arndts, §. 231. 301.

[3]) Puchta, a. a. O. §§. 272. 302. Arndts a. a. O. §. 253. 275. 302.

Gefahr auf den Käufer übergeht.[1]) Das Allgemeine Preuß. Landrecht hat sich dagegen einer, auf billigeren Grundsätzen ruhenden gemeinrechtlichen[2]) Auffassung angeschlossen und die Rechtsregel aufgestellt, daß der Verpflichtete bis zur Uebergabe die Gefahr trägt, und daß Gefahr, Lasten und Nutzung erst mit der Tradition auf den Erwerber übergehen.[3]) Diese landrechtliche Theorie gewährt für die Interessen des Eigenthumes im Ganzen wenig Schutz und giebt zu mancherlei Streitigkeiten Veranlassung. In vielen Fällen beruht die Tradition, ohne jeden äußeren, thatsächlichen Anhalt, auf einfacher Willenserklärung und oft auf rechtlicher Fiktion. Es bleibt daher in vielen Fällen unbestimmt: ob, wann, wie und mit welcher rechtlichen Wirkung die Uebergabe stattgefunden hat. In den meisten Fällen erfolgt auch die Uebergabe nicht sofort mit dem Vertragsabschlusse, sondern oft erst geraume Zeit später, so daß das periculum und commodum bei dem Veräußerer verbleibt, dem Berechtigten auch jede Möglichkeit zur unmittelbaren Einwirkung auf die Sache, zu welcher ihm ein persönliches Recht zusteht, abgeht. Ist die Uebergabe nicht auf eine bestimmte Zeit verlegt worden, so erhält der Erwerber sofort, durch den Vertrag selbst, das Recht und die Klage auf Uebergabe. Und dieses Recht steht nach dem neueren Systeme auch dem Erwerber in Ansehung der Auflassung zu. Liegt die sofortige Auflassung in dem Willen der Kontrahenten, so ist dieselbe eben so schnell, und noch in kürzerer Zeit ausführbar, als oft die thatsächliche Tradition. Wird die Auflassung aber nach dem Willen der Kontrahenten, oder durch äußere Umstände verzögert, so sind die Interessenten in keiner übleren Lage, als in welcher sich die Kontrahenten bei der Verzögerung der Tradition befinden. Es ist daher in Ansehung des Ueberganges der Gefahr überall kein erheblicher Unterschied zwischen der Tradition und Auflassung zu erkennen. Es lassen sich zwar Fälle denken, in welchen die Auflassung später, als die Uebergabe möglich ist, z. B. bei Parzellirungen, Separationen u. s. w., bei welchen die Eintragung von mancherlei Vorbedingungen abhängig ist; allein diese Fälle bilden doch für die Bewegung des Eigenthumes nur die verschwindende Minderzahl, und außerdem ist auch nach dem gegenwärtigen Rechte bei der Parzellirung die Verfügung über den erworbenen Antheil mit von der Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig.[4]) Endlich aber wird durch die Bestimmung des Entwurfes: „daß die Gefahr der Sache durch die Eintragung auf den Erwerber übergehe," die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, unter den Veräußerungs-Interessenten

---

[1]) Art. 1132.

[2]) Hugo Grotius, de jure belli et pacis lib. II, cap. 12, §. 15.

[3]) §§. 364 f., Tit. 5. §. 29. 95 f. Tit. 11, Th. I. A. L.-R. Ausnahm. §§. 117. 120 f. 342 Th. I, Tit. 11 A. L.-R.

[4]) Vgl. meine Hypothek.-Ord. 2. Aufl. S. 63.

durch die Uebergabe die Vortheile des Besitzes, periculum, commodum, actio Publiciana, früher als die Eintragung stattfindet, herbeizuführen, denn die Bestimmung des Entwurfes knüpft an die Eintragung den Uebergang der Gefahr auf den Erwerber, wenn ihm auch noch nicht übergeben worden ist, läßt also die Wirkung einer früher geschehenen Uebergabe inter partes unberührt;[1])

4. endlich wendet man gegen die Theorie des Entwurfes ein: durch die Auflassung, also durch die Erklärung über die Eigenthumsübertragung in ihrer Abstraktion von dem unterliegenden Rechtsgrunde, werde ein für das materielle Hypothekenrecht ungewöhnlicher, nicht hergebrachter und nicht empfehlenswerther Formalismus eingeführt. — Es ist richtig, die Auflassungserklärung ist in ihrer rechtlichen Qualifikation ein Formalakt, bei welchem es nicht auf den inneren Rechtsgrund der Eigenthumsübertragung ankommt; allein die ganze Hypothekeneinrichtung hat einen vorwiegend formalistischen Karakter. Aber nur in der Ausbildung dieses Karakters kann für die Bewegungen des Grundeigenthumes eine genügende Sicherheit gefunden werden. Wie der Schuldner schon nach der landrechtlichen Theorie[2]) gegen den dritten Inhaber dinglicher Forderungsrechte von Einwendungen, die er demselben vor dem Erwerbe nicht kund gethan hat, oder die nicht durch die Eintragung zur Publizität für Jedermann gebracht sind, keinen Gebrauch machen kann, das Gesetz also in gewisser Beziehung ein dingliches Forderungsrecht in abstracto konstituirt, so liegt es im Interesse des Realkredits, diese Abstraktion mit allen ihren Konsequenzen auch auf den Eigenthumserwerb auszudehnen. Und dazu ist die Auflassung die geeigneteste Form.

Ganz konsequent ist in dem Entwurfe die Auflassungs- und Eintragungstheorie zwar nicht durchgeführt worden. Bei der Enteignung ist, um eine Einheit des Erwerbungsaktes für den ganzen Staat zu erzielen, der Eigenthumserwerb an die Besitzeinweisung durch die Verwaltungsbehörde geknüpft worden; bei der nothwendigen Subhastation ist für die Eigenthumsübertragung die Verkündigung des Zuschlagsbescheides maßgebend geblieben, weil eine Aenderung zu tief in das Subhastationsrecht eingreife, namentlich eine andere Begründung für die Verpflichtungen des Erstehers aus seinem Gebote bei der Kaufgelderlegung zur Folge haben würde; im Erbfalle ist der Erwerb des Eigenthumes an den Tod des Erblassers geknüpft, weil das Eigenthum in diesem Falle durch den Tod des Erblassers selbst erworben werde.[3]) Allein durch diese Ausnahmefälle, für welche sich schwer eine geeignete Auflassungsform fin-

[1]) Motive des Entwurfs S. 34. 38. Vgl. Leonhardt, Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum. (Hannover 1843.)

[2]) §. 423. Tit. 20. §. 738. Tit. 11, Th. I. A. L.-R. §. 15. Gesetz v. 24. Mai 1843.

[3]) Motive S. 38.

den läßt, wird die Anwendbarkeit der Auflassungstheorie nicht beeinträchtigt; für den großen Immobiliar-Verkehr ist die Auflassung anwendbar.

Der Entwurf wendet die Auflassungs- und Eintragungstheorie auch auf den Erwerb aller anderen dinglichen Rechte an und stellt die Rechtssätze auf:

Dingliche Rechte an einem Grundstücke, welche auf einem besonderen Rechtstitel beruhen, können nur durch Eintragung begründet werden, jedoch bedürfen die gesetzlichen Vorkaufsrechte, die Grundgerechtigkeiten, die vertragmäßigen eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte (Leihe, Miethe, Pacht), welche durch Besitz-Uebertragung dingliche Wirkung erhalten, und diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche nach §§. 8, 142 des Allg. Berggesetzes vom 25. Juni 1865 (Ges.-Samml. S. 705.) im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können, nicht der Eintragung.

In wieweit die den Rentenbanken überwiesenen Renten und die Domänen-Amortisationsrenten der Eintragung bedürfen, wird durch das Gesetz vom 2. März 1850 über die Rentenbanken (Ges.-Samml. S. 112.) bestimmt[1]).

Hat der Eigenthümer Mehreren ein persönliches Recht zum Grundstück eingeräumt, so geht das Recht desjenigen vor, welches durch die Eintragung dinglich geworden, auch wenn derselbe das ältere Recht des Anderen gekannt hat, oder dieser sich bereits in der Ausübung des Rechts befindet.[2])

Das Hypothekenrecht wird nur durch die Eintragung in das Hypothekenbuch begründet.[3])

Durch diese Bestimmungen sind alle Nachtheile der bestehenden Rechtstheorie: die Anfechtung der Hypothek wegen Mängel des unterliegenden Rechtsgeschäfts; die Priorität nicht eingetragener, auf Spezialtitel beruhender Realrechte; die Kollision zwischen Eigenthums- und anderen dinglichen Rechten; der Einfluß der mala fides, d. i. der Kenntniß des Erwerbers von dem früher entstandenen Titel eines Anderen, in angemessener Weise beseitigt. Die Eintragung ist, wie für das Eigenthum, so auch für die dinglichen Rechte der Erwerbungsgrund. Der Entwurf hat daher den für die eigentlichen Hypotheken geltenden Grundsatz für alle dingliche Rechte angewendet und generalisirt. Von Natur, auch ohne Intabulation sind nach dem Entwurfe dinglich:

1. die gesetzlichen Vorkaufsrechte, welche auf die Fälle des Miteigenthumes und der Expropriation beschränkt sind;[4])

2. die Grundgerechtigkeiten, ohne Rücksicht darauf, ob sie den Nutzungsertrag des belasteten Grundstückes schmälern. Servitutes praediorum. Die

---

[1]) §. 17 des Entwurfs.

[2]) §. 18 a. a. O.

[3]) §. 19 a. a. O.

[4]) Vgl. meine Hypoth.-Ord. 2. Aufl. S. 61.

Zahl derselben ist gering. Sie werden in Folge der Agrar-Gesetzgebung immer mehr zur Ablösung gebracht und können durch Verjährung ferner nicht entstehen.[1]) Jedenfalls ist die Ausnahme von keiner großen Wichtigkeit, und würde die Ausdehnung der Auflassung auf diese Art von Servituten auch ohne jedes Bedenken statthaft sein;

3. die vertragsmäßigen eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte, als Leihe, Pacht und Miethe, welche durch Uebertragung des Besitzes dingliche Wirkung erhalten. Diese Ausnahme ist nicht durch die Theorie, sondern durch das Bedürfniß geboten, weil eine Eintragung solcher Rechte bei dem raschen und massenhaften Wechsel der Miethwohnungen in großen Städten praktisch unausführbar ist;

4. die im Bergrechte vorkommenden, durch Zwangsverfahren zu begründenden, dinglichen Rechte. „Derartige Gebrauchs- und Nutzungsrechte nämlich werden im Wege des Zwangsverfahrens erworben, einmal zum Zweck des Schürfens,[2]) sodann für den Betrieb des Bergbaues.[3]) Diese Rechte sind dinglicher Natur und haben eine innere Verwandschaft mit den, aus dem Pachtvertrage hervorgehenden Gebrauchs- und Nutzungsrechten, ja es wird vielfach Nichts weiter als ein Pachtverhältniß vorhanden sein, wenn die Gebrauchs- und Nutzungsrechte zu Gunsten von Schürfunternehmungen oder des Bergbaues im Wege gütlicher Einigung zwischen Grundeigenthümer und Unternehmer zu Stande gekommen sind. Die Rechte der fraglichen Art erscheinen nach geschehener Besitzergreifung für jeden Dritten durchweg erkennbar und in die Augen fallend.

Kann schon aus diesen Gründen es nicht als erforderlich erachtet werden, im Widerspruche mit dem bestehenden Rechte und zur Erschwerung des Bergbaues, die angegebenen Gebrauchs- und Nutzungsrechte der Nothwendigkeit der Eintragung in das Hypothekenbuch zu unterwerfen, so dürfte letztere um so weniger angemessen sein, als einmal jeder Grundeigenthümer jene Rechte bei Vermeidung des Zwangsverfahrens gegen jährliche Entschädigung[4]) den Bergbauunternehmern einräumen muß, anderseits aber dieselben vielfach auch im Wege des Zwangsverfahrens[5]) wirklich erworben werden, in welchem Falle nach den Grundsätzen des Entwurfes[6]) über die Enteignung eine Eintragung in das Hypothekenbuch nicht erforderlich sein würde."

---

[1]) §. 58. Anh. zum A. L.-R. §. 104 Gem.-Theil.-Ord. v. 7. Juni 1821, Deklaration v. 31. März 1841.

[2]) §§. 5 f. Ges. v. 24. Juni 1865.

[3]) §§. 60, 64, 135 f. Ges. v. 24. Juni 1865.

[4]) §§. 6, 137. Ges. v. 24. Juni 1865.

[5]) §§. 8, 142. Ges. v. 24. Juni 1865.

[6]) §. 14. Motive. S. 40.

Von der Auflassungstheorie in ihrer Anwendung auf dingliche Rechte werden daher, da Hypotheken auch nach dem Landrechte nur durch die Eintragung Dinglichkeit erhielten, eigentlich nur betroffen:

1. Die Rechte zum Gebrauche oder zur Nutzung fremden Eigenthumes, z. B. der Nießbrauch, welcher nach dem Systeme des Allgemeinen Landrechts auch ohne Eintragung durch den Besitz erworben werden kann, und

2. die Reallasten als fortdauernde Abgaben, auf privatrechtlichem Titel ruhend, daher zwar accessorischen Rechts, aber auch ohne Eintragung von dinglicher Qualifikation gegen denjenigen, dem sie zur Zeit der Erwerbung gewesen sind.

Eine nothwendige Folge des Rechtssatzes, daß Rechte auf fremde Grundstücke nur durch die Eintragung entstehen können, besteht darin, daß Rechte der erwähnten Art, Nießbrauch und Reallasten, fernerhin durch Ersitzung nicht erworben werden können. Darin ist an sich kein Nachtheil, sondern ein wesentlicher Fortschritt zu erkennen. Für das eingetragene Eigenthum soll es keinen anderen Erwerbungs- und Belastungstitel geben, als die Intabulation. Bezüglich der Konstituirung von Reallasten enthält das Gesetz vom 2. März 1850, §. 91 (Gesetz-Sammlung S. 105) eine Einschränkung, und Nießbrauchsrechte, auf den Verjährungstitel gestützt, kommen bei einem geordneten Rechts- und Geschäftsleben in der Praxis doch nur sehr selten vor. Rathsam und empfehlenswerth ist es aber, die Ausschließung der Verjährung für Konstituirung von Realrechten in dem Gesetze, was der Entwurf nicht gethan hat, auszusprechen, also ausdrücklich den Grundsatz festzustellen, daß seit dem Tage der Gesetzeskraft Nießbrauchsrechte durch Ersitzung nicht mehr entstehen können, die laufende Verjährung daher durch das Gesetz unterbrochen wird und nur die am Tage der Gesetzeskraft schon vollendete Verjährung Schutz findet. Daß die mala fides, wie für den Eigenthumserwerb, so auch für die dinglichen Rechte als einflußlos erklärt worden ist, kann nur gebilligt werden.

Der Entwurf hat aber nicht allein die Bedingungen für den Erwerb des Grundeigenthumes und für die Konstituirung dinglicher Rechte festgestellt, sondern auch das materielle Hypothekenrecht, also die Bedingungen, unter welchen Hypothekenrechte entstehen, wirksam sind und aufgehoben werden, neu konstruirt. Das Hypothekenrecht setzt nach Preußischem Rechte eine causa, einen obligatorischen Rechtsgrund, und eine Erwerbungsart, d. i. die Eintragung in das Hypothekenbuch voraus.[1]) Die Hypothek, die größere Sicherheit eines obligatorischen Rechts bezweckend, hat daher, wie das Pfand, die Bürgschaft, einen accessorischen und konfirmatorischen Karakter. Die Gültigkeit des Hypothekenrechts ist abhängig von der Gültigkeit des Eintragungstitels; die Eintragung

---

[1]) A. L.-R. Th. I, Tit. 20. §§. 399 f., 411 f.

selbst ersetzt nicht die Mangelhaftigkeit des Erwerbungsgrundes.[1]) Der Schuldner verliert daher dadurch allein, daß ein Anspruch in das Hypothekenbuch eingetragen ist, noch nicht die ihm sonst gegen dessen Gültigkeit zustehenden Einwendungen.[2]) Auch dem dritten Erwerber eines Hypothekenrechts gegenüber sind diese Einwendungen in gewisser Einschränkung[3]) von rechtlicher Wirksamkeit und Bedeutung, und selbst einem nachstehenden Gläubiger steht unter Umständen ein Anfechtungsrecht zu.[4]) Die Hypothek begründet daher kein, von dem rechtlichen Entstehungsgrunde absolut losgelöstes dingliches Forderungsrecht, sondern überträgt in ihrer Fortpflanzung die Gläubigerschaft auf der Basis der Obligation, welche der Forderung zum Grunde liegt. Diese Gebundenheit der Hypothek an den Obligationsgrund ist jedoch der Cirkulation der Hypotheken nicht günstig und das Allgemeine Landrecht hat schon das Prinzip der Abstraktion von dem unterliegenden Rechtsgeschäfte anerkannt, wenn es die Anfechtbarkeit des Hypothekenrechts unter den Einfluß der mala fides stellt und bestimmt, daß dem dritten Inhaber einer Hypothekenforderung nur solche Einreden entgegengesetzt werden können, welche aus dem Hypothekenbuche oder aus dem Forderungsdokument ersichtlich, oder welche ihm vor dem Erwerbe kund gethan worden sind.

Dieses Prinzip der Freimachung der Hypothek von dem obligatorischen Entstehungsgrunde ist noch weiter ausgesprochen und daher das Bedürfniß, die Hypothek als einen objektiven Vermögenswerth darzustellen, anerkannt in dem Rechtssatze, daß die Hypothek, also das dingliche Forderungsrecht an ein Grundstück, nicht berührt wird durch die materiellen Mängel des Eigenthumes des Verpfänders, und daß dieselbe nicht schon durch die Tilgung des Anspruches erlischt, daß dazu vielmehr die Löschung erforderlich ist, und daß eine getilgte aber nicht gelöschte Hypothek Gegenstand der Cirkulation und selbst in den Händen des Schuldners von rechtlicher Bedeutung ist. (Hypothek des Eigenthums.)[5]) Freilich ist jenes Prinzip der Abstraktion nur mangelhaft erreicht und abgeschwächt durch den Einfluß des unterliegenden Rechtsgrundes.

Der Entwurf vom Jahre 1864 [6]) hat die Selbstständigkeit der Realobligation zwar anerkannt und dieselbe von der causa debendi losgelöst; die Beweglichkeit und Sicherheit des Hypothekenverkehrs aber wieder abgeschwächt durch

---

[1]) A. L.-R. Th. I, Tit. 20. §§. 1 f. 404, 415, 436.

[2]) A. L.-R. Th. I, Tit. 20. §. 422.

[3]) A. L.-R. Th. I, Tit. 4, §. 19. Tit. 20. §§. 423 f. Anh. §. 53. Gesetz vom 24. Mai 1853. §. 15.

[4]) Konk.-Ord. vom 8. Mai 1855. §. 393.

[5]) A. L.-R. Th. I, Tit. 20. §§. 55, 522. Anh. §. 52. Deklaration v. 3. April 1824 (Ges.-Samml. S. 77).

[6]) §. 23.

den Einfluß der mala fides, indem nur der Cessionar, welcher sich im guten Glauben befunden, geschützt wird. Diese Einschränkung verträgt sich nicht mit dem Bedürfnisse des Verkehrs und widerspricht dem Begriffe der Hypothek als eines, von der causa obligationis losgelösten realen Werthobjektes. Nur in dieser abstrakten Auffassung kann eine Hypothek, eine Urkunde über ein dingliches Forderungsrecht, genügende Sicherheit, Unabhängigkeit und Selbstständigkeit für die Cirkulation darbieten und sich Aufnahme auf dem Geldmarkte verschaffen.

Allein der Grundbesitz, welcher Kapitalien sucht, macht an die Beleihung andere und größere Ansprüche. Er verlangt unkündbare Kapitalien nach Art des alt-Germanischen Rentenkaufes, Vorschüsse, die auf dem Grundstücke für immer gegen eine jährliche Abgabe oder Rente stehen bleiben.[1]) Man hält daher zur Aufhülfe des großen Grundbesitzes Zustände für nöthig, die eine liberale Agrargesetzgebung kaum erst glücklich beseitigt hat. Ein solches Verlangen kann freilich die Hypothekengesetzgebung nicht erfüllen; denn der rechtliche und ökonomische Karakter einer Hypothek besteht eben in der Kündbarkeit, in der Rückzahlung des dargeliehenen Kapitals nach Ablauf einer bestimmten Zeit, und unterscheidet sich gerade dadurch von den, fortdauernd auf einem Grundstücke haftenden Reallasten. Der Privatverkehr, und mit diesem hat es doch das Hypothekenrecht zunächst zu thun, bewilligt Kapitalien auf Zeit und gegen Zinsenzahlung; zieht also das Kapital nach Bedürfniß zurück und disponirt darüber anderweit. Will sich der Grundbesitz unkündbare Kapitalien verschaffen, welche der Amortisation oder Auslosung nach einem bestimmten Finanzplane unterworfen sind, so kann dieses nur auf dem Wege der Assoziation geschehen, und da muß ihm dann der Rath ertheilt werden, diese finanzielle Vereinigung nach möglichst großen Dimensionen, wenn möglich für den Umfang von ganz Norddeutschland, anzulegen. Kleine und beschränkte Verbindungen erschweren die Geldoperationen und vertheueren das Kapital.

Der natürliche und ursprüngliche Karakter der Hypothek, das läßt sich nicht leugnen, ist die Gebundenheit an den Obligationsgrund. Der historische Entwickelungsgang der Hypothek bestätigt diese konfirmatorische und accessorische Natur. Man kann nicht behaupten, daß der Verpfänder eines Grundstückes, ohne Weiteres und als natürliche Folge des Geschäftes, auf alle Einwendungen aus der Obligation verzichtet und nunmehr mit seinem Grundstücke in absoluter Haftbarkeit stehen will. Wie der Wechsel anfänglich nur der Träger einer bestimmten Obligation war, und wie sich das Prinzip der Abstraktion erst durch den kaufmännischen Verkehr ausgebildet hat,[2]) so hat sich auch

---

[1]) Vgl. Holtz a. a. O., S. 7. Rodbertus a. a. O. S. 7. f.
[2]) Vgl. mein Wechselrecht (Guttentag, 1869.) §. 26. 36.

das Bedürfniß nach Befreiung der Hypothek von der causa obligationis erst allmählich entwickelt. Das Allgemeine Landrecht hat das Prinzip der Selbstständigkeit der Hypothek nur in einigen unharmonischen Rechtssätzen anerkannt. Konsequent durchgeführt ist dasselbe, nach Vorgang anderer Gesetzgebungen, erst in dem neuesten Preußischen Entwurfe, denn derselbe bestimmt:

Das Hypothekenrecht wird nur durch die Eintragung in das Hypothekenbuch begründet.[1])

Die Eintragung einer Hypothek erfolgt:

1. wenn der eingetragene Eigenthümer sie beantragt. Einer Vorlegung der Schuldurkunde oder einer Angabe des Schuldgrundes bedarf es, mit Ausnahme des im §. 24. erwähnten Falles, nicht;

2. wenn der Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches der eingetragene Eigenthümer zur Bestellung der Hypothek verurtheilt worden ist, die Eintragung beantragt;

3. wenn eine gesetzlich dazu berufene Behörde gegen den eingetragenen Eigenthümer die Eintragung bei der Hypothekenbehörde nachsucht.[2]) Nothwendige Rechtsfolgen dieser Abstraktion sind es:

1. daß für die Eintragung und für die Realisation der Hypothek, — auch im Wege des Prozesses durch die actio hypothecaria, — die Schuldurkunde, der persönlich verpflichtende Rechtsgrund, gleichgültig und einflußlos ist. Das rechtliche Element für das Hypothekenrecht ruht in der äußeren Form, in der Thatsache der Eintragung, durch welche das Recht in Verbindung gesetzt worden ist zu einem bestimmten Grundstücke, abgesehen von jedem materiellen Rechtsgrunde. Es bedarf daher Behufs Eintragung, Bildung der Hypothekenurkunde, Cession, Löschung und Klageanstellung nicht einer Beibringung oder einer Bezugnahme auf die ursprüngliche Schuldurkunde. Ausgenommen von diesem Grundsatze sind die in kautioneller Form eingetragenen Hypotheken, da die eventuellen Forderungen einer späteren Begründung aus dem persönlichen Schuldverhältnisse unterworfen sind;[3])

2. daß der Schuldner auch Hypotheken auf seinen eigenen Namen eintragen und in unbeschränkter Rechtsbefugniß darüber disponiren, den Betrag derselben daher auch bei einer Subhastation liquidiren kann;[4])

3. daß der Vorbehalt des Eigenthumes nur als Hypothek für eine bestimmte Geldsumme eingetragen werden kann; denn als Suspensiv-Bedingung für den Eigenthumserwerb ist das Reservat bei der Auflas-

---

[1]) §. 19 des Entw.

[2]) §. 20 des Entw.

[3]) §§. 24, 42 des Entw.

[4]) §. 27 des Entw.

sungstheorie nicht eintragungsfähig, und als Entschädigung aufgefaßt ist Geld ein abstrakter und universeller Ausgleichungswerth;[1])

4. daß der Eigenthümer die auf seinen Namen eingetragene Hypothek in blanco, ohne Benennung des Erwerbers, abtreten kann;[2])

5. daß der Hypothekengläubiger die Wahl hat, ob er die persönliche Klage aus dem Schuldverhältnisse oder die hypothekarische Klage anstellen will; eine Verbindung beider Klagen aber nur zulässig ist, wenn der Eigenthümer des Grundstückes zugleich der persönliche Schuldner ist;[3])

6. daß gegen die hypothekarische Klage, deren Fundament die Thatsache der Eintragung, und deren Zweck die Befriedigung aus dem verhafteten Grundstücke ist, selbst dem unmittelbaren Gläubiger oder dessen Erben gegenüber, alle Einreden unzulässig sind, welche die Begründung des persönlichen Schuldverhältnisses betreffen, daher aus der causa obligationis entlehnt sind, und nur statthaft sind:

a. die Einreden, welche sich aus dem Hypothekenbuche ergeben, und zwar jedem Kläger gegenüber;

b. die Einreden in der Form der exceptiones doli, mögen dieselben einen inneren Mangel des Hypothekenrechts, z. B. Betrug, betreffen, oder aus einem unmittelbar dem Kläger gegenüber entstandenen selbstständigen Rechtsverhältnisse, z. B. der geschehenen Zahlung, des Vergleiches u. s. w. hergeleitet werden. Einreden dieser Art sind nur demjenigen Kläger gegenüber von Rechtswirkung, welcher die eine exceptio doli begründenden Mängel oder Fehler des Geschäfts begangen, oder daran Theil genommen, oder davon zur Zeit des Erwerbes Kenntniß gehabt hat, oder dem gegenüber ein besonderer, die Realobligation aufhebender oder abändernder Rechtsgrund vorhanden ist. In Ansehung desjenigen Erwerbers, bei welchem derartige Momente nicht vorhanden sind, ist das Hypothekenrecht absolut sicher und unanfechtbar.[4])

Eine Ausnahme von diesem Rechtssatze bilden allein die hypothekarischen Klagen aus kautionellen Eintragungen, welche aus der causa obligationis, nicht durch die abstrakte Thatsache der Eintragung, fundamentirt werden müssen, und gegen welche daher auch Einreden aus dem unterliegenden Geschäftsgrunde zulässig sind;

7. daß die actio Pauliana, das Anfechtungsrecht des nachstehenden

---

[1]) §. 23, 26 des Entw., §. 266, Th. I, Tit. 1 A. L.-R.

[2]) §. 57 des Entw.

[3]) §. 59 des Entw.

[4]) §§. 16, 40 des Entw. Vergl. meine Wechselordnung §. 155.

Gläubigers bezüglich einer vorstehenden Hypothek, unzuläſſig iſt, weil für dieſe Anfechtung die materielle Unterlage fehlt.[1])

Ueber die rechtliche Stellung des Eigenthümers, als Inhaber einer auf ſeinem Grundſtücke eingetragenen Hypothek, dogmatiſch zu ſtreiten[2]), und über die rechtliche Befugniß eines ſolchen Inhabers eine geſetzliche Beſtimmung zu erlaſſen,[3]) dazu iſt wenig Grund und wenig Bedürfniß vorhanden. Die rechtliche Stellung des Eigenthümers, als Inhaber einer Hypothek an ſeinem eigenen Grundſtücke, iſt nicht zweifelhaft, und ob man einem ſolchen Inhaber, wie das Hypothekengeſetz für Neuvorpommern[4]) thut, die Bezeichnung als „Hypothekengläubiger" beilegt, das iſt für die rechtliche Konſtruktion des Rechtsverhältniſſes und für die dogmatiſche Präziſirung des letzteren an ſich unerheblich. In gewiſſem Sinn iſt der Eigenthümer allerdings ein Hypothekengläubiger, freilich ein unvollkommener bezüglich des Zinſengenuſſes und des Klagerechtes. Sein Gläubigerrecht tritt erſt in Wirkſamkeit durch die Auflöſung der Perſonen-Einheit als Gläubiger und Beſitzer der verhafteten Sache, oder endlich bei einer Total-Realiſation der Hypotheken bei der Subhaſtation. Was iſt denn der Acceptant, der den Wechſel durch Giro erworben hat? Der Inhaber eines abſtrakten Wechſel-Nomen. Freilich hat ein ſolcher Wechſel in der Hand des Acceptanten keine andere Bedeutung, als daß daraus nach dem Verfalle das Deckungsverhältniß begründet werden kann. Die eigentliche Wechſeleigenſchaft tritt erſt wieder durch die Trennung des Wechſels von der Perſon des Hauptverpflichteten ein. Das Hypothekenrecht in der Vereinigung mit der Perſon des Beſitzers hat jedenfalls eine reale Unterlage, das iſt die rechtliche Beziehung des Forderungsrechtes zu dem verpflichteten Objekte, einem beſtimmten Grundſtücke. In dieſer Auffaſſung und in der Abſtraktion der Hypothek von dem Entſtehungsgrunde iſt der Begriff der Gläubigerſchaft auch in der Perſon des Beſitzers in theoretiſcher Beziehung nicht ſo unlogiſch, wie die Motive des Entwurfes meinen. Jedenfalls bedarf es zur rechtlichen Fixirung dieſer Jedem verſtändlichen rechtlichen Erſcheinung nicht einer geſetzlichen Vorſchrift. Die Wiſſenſchaft iſt heut' zu Tage über die rechtliche Natur der Hypothek des Eigenthümers nicht mehr im Dunkelen.

Der Entwurf iſt über die Grenzen des materiellen Hypothekenrechts hinausgegangen und hat die Materien des reinen Obligationenrechts und anderer Rechtsdiziplinen berührt, wenn er Beſtimmung getroffen hat:

1. über das perſönliche Schuldverhältniß in ſeiner Loslöſung von dem

---

[1]) §. 44 a. a. O.

[2]) Mot. S. 55.

[3]) §. 27 des Entw.

[4]) §. 81 a. a. O.

Hypothekennexus, und in dieser Beziehung anordnet, daß die hypothekarische und persönliche Klage verbunden werden kann, wenn beide Ansprüche einer und derselben Person zustehen, und daß beide Ansprüche nicht von verschiedenen Gläubigern geltend gemacht werden können.[1]) Eine Hypothekenforderung kann in verschiedener Beziehung einen Klageanspruch begründen:

a. die eigentliche actio hypothecaria, die dingliche Klage gegen das Grundstück als Träger der Verpflichtung;

b. eine persönliche Klage gegen den ursprünglichen Verpflichteten, den persönlichen Schuldner;

c. eine persönliche Klage auf Gewährleistung gegen den Cedenten.

In die Lehre über das Hypothekenrecht gehört nur die erste Klage, die actio hypothecaria, als das Rechtsmittel zur Realisirung der Forderung gegen das Grundstück. Die beiden anderen Klagen sind persönlicher Natur und gehören dem Obligationenrechte an. Die rechtliche Sonderstellung des Hypothekengläubigers, als dinglich und persönlich Berechtigten, bildet das schwächste Moment für die Auffassung des Hypothekenrechts als einer selbstständigen, unabhängigen und abstrakten Realobligation. Das Wechselrecht gewährt keine persönliche Klage aus der causa obligationis, auch keine Gewährleistungsklage für die wechselmäßigen Transportakte, sondern, wenn die spezifische Wechselobligation zerstört ist, nur eine Klage auf Bereicherung mit beschränkter und eigenthümlicher Rechtswirkung.[2]) Das ist eine Folge der rechtlichen Natur des Wechsels in seiner absoluten Abstraktion von dem Begebungsgeschäfte und der Aufrechthaltung des letzteren nur als Quelle der Bereicherung. Die Hypothek läßt dagegen die causa obligationis praecedens in ihrer rechtlichen Qualität und Wirkung unberührt und gestattet daher, neben der actio hypothecaria, aus jenem materiellen Rechtsgrunde in doppelter Beziehung, für die Begründung und für die Cirkulation der Obligation, persönliche Klagen. Diese Eigenthümlichkeit bestätigt die Annahme, daß die Hypothek, ihrer rechtlichen Qualifikation nach, doch nur ein accessorisches Recht ist, und daß die Abstraktion von der causa nur nach einer Richtung hin für das unmittelbare Hypothekenrecht von Wirksamkeit ist, also nicht, wie bei dem Wechsel, zur rechtlichen und merkantilen Natur des Rechtsinstitutes selbst absolut gehört, und daher für alle Rechtsbeziehungen aus dem Schuldverhältnisse entscheidend ist. Es ist daher auch nicht abzusehen, warum der Entwurf über die Natur des persönlichen Rechtsverhältnisses, über die Zulässigkeit der persönlichen Klage und deren Verbindung mit der Hypothekenklage Bestimmungen trifft, die an sich schon aus den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Natur der Hypothek selbstverständlich sind;

---

[1]) §. 41 f. des Entw.

[2]) Art. 83, A. d. W.-O. Meine Wechselordnung §. 154.

2. über das rechtliche Verhältniß des Erwerbers eines Grundstückes, welcher eine eingetragene Hypothekenpost in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat. Die landrechtlichen Bestimmungen gehen von dem richtigen Rechtsstandpunkte aus: der neue Erwerber kann nur durch einen besonderen Akt in ein persönliches Rechtsverhältniß zu dem Inhaber der Forderung treten. [1])

Die Bestimmung [2]) des Entwurfes:"

Hat der Erwerber eines Grundstückes die auf demselben eingetragene Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen und sich dabei zur Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Schuld verpflichtet, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahme-Vertrage nicht beigetreten ist, und ohne daß es einer Abtretung des Befreiungsanspruches vom Veräußerer an ihn bedarf.

Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks gekündigt hat. Ist das Kündigungsrecht noch für eine gewisse Zeit ausgeschlossen, so verlängert sich die Frist um diese Zeit."

ist willkürlich, kasuistisch, durch das Bedürfniß nicht gerechtfertigt und auf keinem richtigen theoretischen Rechtsgrunde ruhend. Von einem dem Satze entsprechenden Deutschen Gewohnheitsrechte, — wie die Motive [3]) sagen, — ist Nichts bekannt. Will man eine durchgreifende Bestimmung nach jener Richtung hin treffen, so würde sich eine persönliche Klage des Gläubigers gegen den Erwerber schon aus dem Grunde rechtfertigen lassen, weil durch die Uebernahme-Erklärung Seitens des Erwerbers und durch die Abrechnung der Schuld von dem Kaufgelde schon eine gewisse, wenn auch nicht persönliche und unmittelbare, Rechtsbeziehung zwischen dem Erwerber und dem Inhaber der übernommenen Schuldforderung entstanden ist, die Uebernahme der Liberationspflicht Seitens des Erwerbers, wovon der Entwurf die persönliche Klage abhängig macht, an sich jedenfalls nicht geeignet ist, ein unmittelbares Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und Gläubiger zu begründen;

3) über den Erwerb von Grundstücken und Hypotheken im Vererbungsfalle [4]). Derselbe regelt sich nach den im Erbrechte gegebenen Vorschriften, und es ist kein Grund vorhanden, jene Vorschriften in das materielle Hypothekenrecht hinüberzuziehen und dadurch das System des Rechts, so locker auch das landrechtliche an sich ist, zu zerreißen. Das bestehende [5]) Recht enthält die rich-

---

[1]) §. 54. Th. I. Tit. 20. A. L.-R. Deklaration vom 21. März 1835.

[2]) §. 45. des Entw.

[3]) S. 51. ff.

[4]) §§. 10. 60.

[5]) §. 367. I. Tit. 9. §§. 288. 311. Tit. 12. Th. I. A. L.-R.

tigen Grundsätze, und dabei kann es füglich bleiben, so lange der Entwurf nicht für einen größeren Geltungsbezirk mit verschiedenen Rechtssystemen berechnet ist. Durch die Bestimmung: „die Hypothek geht mit dem Tode des Gläubigers von Rechtswegen auf die Erben und Vermächtnißnehmer über," ist im Ganzen das geltende Recht wiederholt. Ob der moderne Ausdruck „von Rechtswegen" [1]) gerade sehr bezeichnend und für ein materielles Gesetz sehr zu empfehlen ist, darüber könnte man streiten. Jedenfalls ist er in der obigen Bestimmung ohne alle Bedeutung. Es ist daher rathsam, das Wort ganz zu streichen. Wenn der Gesetzgeber den Rechtssatz sanktionirt: „Mit dem Tode des Gläubigers geht die Hypothek auf die Erben ꝛc. über," so sagt er damit genug. Ueberhaupt enthält der Entwurf bei dem anerkennenswerthen Bestreben, recht vollständig zu sein, sehr eingehende Detailbestimmungen. Der Gesetzgeber soll die leitenden Rechtsgrundsätze feststellen. Eine Gesetzgebung, die allzu sehr specialisirt, erschwert die Rechtsprechung und drückt die richterliche Funktion zu einer mechanischen Thätigkeit herab. Für eine freie, abstrakte Rechtsauffassung erscheint manche Bestimmung des Entwurfes überflüssig und für eine einsichtsvolle Rechtsanwendung selbstverständlich.

Die Stellung der Hypothek au porteur hat in dem Entwurfe keine Anerkennung gefunden; nur in gewisser Einschränkung ist eine Uebertragung in blanco anerkannt worden. Diese Transportform macht aber ein Papier, so lange es in blanco läuft, einem Papiere au porteur sehr ähnlich. [2])

Die Korrealhypothek ist beibehalten worden. Dieselbe widerspricht nicht dem Prinzipe der Spezialität und der Abstraktion der Hypothek und ist für die Bewegungen des Verkehrs, namentlich in Gegenden, in welchen das Grundeigenthum in kleine Parzellen zerlegt ist, z. B. in Weingegenden die Weinberge, kaum entbehrlich. Die Weiterungen und Inkonsequenzen, welche aus der Korrealhypothek entstanden, sind durch den §. 56. des Gesetzes vom 12. März 1869 (Ges.-Samml. S. 465) beseitigt worden. Daß der Entwurf nicht, wie der Entwurf von 1864 [3]), den Erwerb der Hypotheken durch Abtretung von der Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig macht und dadurch nicht eine Zwangspflicht für die Intabulationen der Cessionen konstituirt hat, empfiehlt denselben als praktisch. Keine theoretische Konsequenz konnte unzeitiger und für die Bewegung der Hypotheken lästiger und beschwerlicher sein, als jene Nothwendigkeit der Ingrossation. Der beabsichtigte geringe Vortheil der erleichterten Legitimationsführung fällt gegen die Nachtheile in gar kein Gewicht. Dagegen ist der Entwurf in der Mobilisirung der Hypotheken nicht weit genug

[1]) Derselbe kommt in dem neuen Strafgesetzbuche und in der neuen Konkurs-Ordnung vor.

[2]) Meine Wechselordnung. S. 265.

[3]) §. 7.

gegangen. Nach Auffassung desselben kann die Abtretung einer Hypothek nur eingetragen werden, wenn die Hypothekenurkunde und die Abtretungserklärung vorgelegt wird. Diese Abtretungserklärung erfolgt entweder vor dem Hypothekenamte, oder durch einen vom Gläubiger auf ein besonderes Blatt geschriebenen, bezüglich der Unterschrift gerichtlich oder notariell beglaubigten Vermerk. [1]) Die Cirkulationsfähigkeit der Hypothek ist dadurch sehr beengt. Zuvörderst ist es wünschenswerth, daß die Bewegung der Hypothek nur durch urkundliche Transportvermerke auf dem Dokumente selbst vermittelt werde. Dadurch wird die Legitimation des Inhabers erleichtert und die Beweglichkeit des Papiers erhöht. Ein Nachtheil oder eine Beschwerlichkeit ist nicht abzusehen. Ein Hypothekenbrief kann für die Aufnahme der Uebertragungsvermerke ebenso verlängert werden, wie ein Wechsel. Die urkundlichen Beilagen erschweren die Cirkulation und sind bei der Abstraktion der Realobligation von den Bewegungsgeschäften einflußlos. Die Legalisation durch Richter und Notar ist ganz überflüssig. Der Verkehr der Handelswelt ruht auf Ehrenhaftigkeit und Vertrauen. Warum bei den Hypotheken eine Ausnahme machen? Wechsel über die höchsten Summen laufen unter Privatunterschriften eben so sicher und noch sicherer, als unter amtlicher Beglaubigung.

Wenn aber der Entwurf die Blanko-Cession anerkannt hat für die Hypothek des Eigenthümers, so ist kein Grund abzusehen, warum sie sonst für die Cirkulation der Hypothek gefährlich sein soll. Der thatsächliche Inhaber ist unter dem Schutze der Blanko-Cession der legitimirte Besitzer. Sein Gewährsmann ist der urkundliche Blanko-Cedent. Die Zwischenmänner sind für den Lauf der Hypothek in dinglicher Rechtsbeziehung ohne Einfluß. Die Gründe, welche für die Blanko-Signaturen im Wechselrechte sprechen: erleichterte Cirkulation und vereinfachte Regulirung des Valutaverhältnisses, sind auch maßgebend für den Verkehr mit Hypotheken-Briefen. Wenn die Hypothek frei gemacht ist von dem Einflusse des Valutageschäftes, so ist es nur eine nothwendige Konsequenz, diese Abstraktion auch auf die Begebungsakte auszudehnen. Dadurch ist aber die Abtretung in blanco von selbst gerechtfertigt.

Die Lehre von den Protestationen, welche in dem Allgemeinen Landrechte und in der Allgemeinen Hypothekenordnung dunkel und verworren vorgetragen ist, hat zwar durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 einige Aufklärung und Vereinfachung erfahren; allein dem Rechtsbedürfnisse entsprach sie immer noch nicht. Der Entwurf führt die ganze Lehre auf den richtigen Satz zurück: daß Notirungen zur Erhaltung und zum Schutze von Rechten nur durch Vermittelung des Prozeßrichters erfolgen können. [2])

---

[1]) §. 55. Entw. a. a. O. §§. 71. ff. Entw. einer Hypotheken-Ordnung.
[1]) §§. 5. 22. 67. des Entw.

Der Entwurf [1]) hat den Umfang des Hypothekenrechts im Allgemeinen nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen geregelt und mehrere Kontroversen, insbesondere die unhaltbare [2]) Unterscheidung zwischen Pertinenzstücken und Substanztheilen, in angemessener Weise beseitigt. Eine zweckmäßige Aenderung ist insbesondere vorgeschlagen in Beziehung auf die, nach der Eintragung von Hypotheken, neu errichteten Gebäude. Die landrechtlichen Bestimmungen [3]) sind mangelhaft, schwerfällig und bestritten. Nach dem Entwurfe haften dem Hypothekengläubiger weder eine Superficies, noch Gebäude, welche sich ein Pächter für die Dauer seiner Pachtzeit errichtet hat. Die Superficies ist eine dingliche Belastung, eine Grundgerechtigkeit, und es entscheidet bei einer zwangsweisen Veräußerung rücksichtlich der Hypothekengläubiger die Priorität und rücksichtlich des Käufers jene Eigenschaft, die dingliche Qualifikation. Der Pächter hat dagegen das Recht der Wegnahme des errichteten Gebäudes. Daß den Feuerversicherungsgeldern [4]) die Pertinenzqualität beigelegt worden, ist im Interesse der Hypothekengläubiger und des Realkredits.

Die Vorschriften über die Löschung [5]) sind im Anschluß an die bestehende Gesetzgebung in einfacher Weise geregelt. Die Bestimmung, daß an die Stelle einer gelöschten Post nicht eine andere eingetragen werden darf, daß die nachstehenden Hypotheken vielmehr vorrücken, ist, bei richtiger Auffassung des Hypothekenrechts als eines accessorischen, nur durch die Eintragung existent gewordenen Sicherungsmittels, selbstverständlich. Die Anerkennung der Verpflichtung des bezahlten Gläubigers zur gewährsfreien Abtretung der Hypothek [6]) entspricht dem gewöhnlichen Geschäftsverkehre und ist daher zweckmäßig.

II. In Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen des Eigenthumserwerbes und des materiellen Hypothekenrechts ist in einem besonderen Entwurfe einer Hypothekenordnung auch das formelle Hypothekenrecht bearbeitet. Das letztere hat es mit der Ausführung des materiellen Rechts in Bezug auf die Buchung des Grundeigenthumes und dessen Belastung zu thun. Hierzu werden Grund- und Hypotheken-Bücher oder, wie der Entwurf zur Abkürzung sie nennt, Hypothekenbücher geführt. Die äußere Einrichtung und Beschaffenheit dieser, unter öffentlicher Aufsicht der Hypothekenämter geführten Bücher ist unverändert geblieben. Für jede Ortschaft existirt ein Hypothekenbuch, nach Bedürfniß aus verschiedenen Bänden, und in diesem hat jedes selbstständige Grundstück ein besonderes Blatt

---

[1]) §. 28. des Entw.
[2]) Meine Hypotheken-Ordnung (2. Ausg.) S. 65.
[3]) §§. 471. ff. Th. I. Tit. 20.
[4]) §. 28. des Entw.
[5]) §§. 61. ff. des Entw.
[6]) §. 70. des Entw.

(Folium). Für Bergwerke und Gerechtigkeiten [1]) sind, insoweit nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt ist, die für Grundstücke gegebenen Bestimmungen maßgebend. Jedes Hypothekenblatt (Folium) besteht aus einem Titel und drei Rubriken. Der Titel giebt Auskunft über die Gattung, Größe, Umfang und den Grundsteuerreinertrag oder Nutzungswerth des Grundstückes, während die erste Rubrik zum Eigenthumsnachweise, die zweite Rubrik zur Eintragung dauernder, die dritte Rubrik zur Eintragung vorübergehender (Hypotheken) Belastung dienen. Der Erwerbsgrund, die causa obligationis, wird, da die Bewegungen des Grundeigenthumes bei dem Hypothekenbuche ausschließlich durch die Auflassungserklärung vermittelt werden, nur auf besonderen Antrag mit eingetragen. Es bedarf daher auch bei Eintragung des Eigenthumes nicht der Einreichung oder Vorlegung der Erwerbungsurkunde; die Thätigkeit des Hypothekenbeamten beschränkt sich vielmehr ausschließlich auf die Prüfung der Identität, Verfügungsfähigkeit und Legitimation derjenigen Personen, welche die Auflassung erklärt haben. Aus welchem Grunde von jener allgemeinen Vorschrift abgegangen und die Eintragung des Erwerbungsgrundes für den Fall eines besonderen Antrages [2]) angeordnet worden, ist nicht abzusehen.

Da sich bei dem Uebergange zu dem neuen Rechtszustande der Fall ereignen kann und wird, daß der Erwerber sein Eigenthum nicht von dem eingetragenen Eigenthümer herleitet, so findet die Eintragung des Eigenthumes für den neuen Erwerber nur auf Grund eines nach dem Gesetze vom 7. März 1845 (Gesetz-Sammlung S. 160) erlassenen Aufgebotes statt. Wenn der Erwerber eines Grundstückes, einen vertragsmäßigen Anspruch auf Auflassung besitzt, diese Erklärung aber weder freiwillig erlangen, noch im Wege der ordentlichen Rechts-

---

[1]) Nach §. 14. Tit. 1. Hypoth.-Ordn. und §. 395. Th. I. Tit. 20. A. L.-R. sind solche Gerechtigkeiten zur Eintragung in das Hypothekenbuch unter einer besonderen Nummer geeignet, „welche nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen, einen eigenen bestimmten Werth haben, auch ohne den Besitz eines Grundstückes ausgeübt, folglich auch für sich allein veräußert und verpfändet werden können." Das Allgemeine Landrecht enthält keine nähere Bestimmung darüber, welchen Rechten die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beiwohnt. Vergl. meine Hypotheken-Ordnung, 2. Ausg., S. 6. Der Entwurf einer Hypotheken-Ordnung vom Jahre 1864 hat im §. 2. die Gerechtigkeiten nach der bestehenden Rechtsauffassung zusammengestellt, für welche eine Hypothek angelegt werden kann; allein das Verzeichniß ist nicht vollständig und nicht genau. Nach der Verordnung vom 31. März 1834 §. 3. (Ges.-Samml. S. 47) ist für Westphalen die Anlegung besonderer Hypothekenbücher für Gerechtigkeiten untersagt. Der neuere Entwurf hat dieses Verbot nicht wiederholt, weil es doch Fälle geben könne, in welchen die Anlegung eines Hypothekenbuches für eine Gerechtigkeit rathsam ist. Welche Gerechtigkeiten hierzu geeignet sind, das muß der Richter nach der bestehenden Gesetzgebung prüfen.

[2]) §§. 10. 41. ff. des Entw. einer Hypotheken-Ordnung.

verfolgung erzwingen kann, weil Hindernisse in der Person des Veräußerers, — z. B. weil er ohne Hinterlassung bekannter Erben verstorben oder verschollen, oder im Auslande ist, — dieses unmöglich machen oder erschweren, so gestattet der Entwurf eine öffentliche Vorladung mit der Aufforderung, die Auflassungserklärung binnen einer bestimmten Frist zu ertheilen, widrigenfalls dieselbe für erfolgt angenommen und der Erwerber als Eigenthümer eingetragen werden würde. Nach erfolglosem Ablaufe der Frist wird die Auflassung durch Erkenntniß des Gerichts für ertheilt erklärt. [1])

Haben mehrere Veräußerungen kurz nach einander stattgefunden, so muß die Auflassung von jedem einzelnen Veräußerer nachgeholt und danach das Hypothekenbuch berichtigt werden; es steht aber kein Hinderniß entgegen, daß die Auflassung sofort zwischen dem eingetragenen Eigenthümer und dem letzten Erwerber erfolgt, so daß eine historische Erwähnung der Zwischeneigenthümer ganz wegfällt. Denn für das Hypothekenbuch ist der Obligationsfall, welcher der Zwischenbewegung und der Auflassung unterliegt, ohne Interesse. Die Auflassung bildet den formellen Rechtsgrund für den Erwerb.

Nebenbestimmungen, welche das Eigenthum, oder die Befugniß des Eigenthümers, über das Grundstück zu verfügen, beschränken, werden nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag eingetragen. [2])

Ein Zwangsverfahren zur Eintragung des Eigenthumes ist in denjenigen Fällen vorgeschrieben und geregelt, in welchen der Erwerb des Eigenthumes an Grundstücken eine Auflassung des bisherigen Eigenthümers nicht voraussetzt, sich vielmehr durch andere Akte vollzieht. [3])

Zur Vermerkung einer Last, oder Beschränkung, oder Schuld in der zweiten und dritten Rubrik genügt der gerichtlich oder notariell beglaubigte Antrag des eingetragenen Eigenthümers auf die Eintragung des bestimmt zu bezeichnenden Rechts und des Berechtigten, ohne Vorlegung oder Beibringung der Urkunde, durch welche das Recht selbst begründet wird. Nur bei Eintragung eines Altentheils bedarf es der Bezugnahme auf die zu den Grundakten in beglaubter Form einzureichenden Altentheilsstipulation. [4])

Die Abtretung und Verpfändung einer Hypothek kann nur eingetragen werden, wenn die Hypothekenurkunde und die Abtretungserklärung vorgelegt wird. Die letztere erfolgt entweder durch eine vor dem Hypothekenamte zu Protokoll gegebene Erklärung des Gläubigers, oder durch einen von ihm unter

---

[1]) §§. 42. 43. des Entw. einer Hypotheken-Ordnung.

[2]) §§. 25. 50. des Entw. einer Hypotheken-Ordnung.

[3]) §§. 51. 52. des Entw. einer Hypotheken-Ordnung.

[4]) §. 20. des Entw. über den Eigenthumserwerb und §§. 64. ff. des Entw. über die Hypotheken-Ordnung.

Beifügung des Orts, des Datums und seiner Unterschrift auf ein besonderes Blatt geschriebenen, und wenn der abtretende Gläubiger eine Privatperson ist, gerichtlich oder notariell zu beglaubigenden Vermerk. Die Eintragung der Abtretung und Verpfändung wird auf die Hypothekenurkunde unter Siegel und Unterschrift des Hypothekenamts vermerkt. Fehlt die Einwilligung des Eigenthümers in die Eintragung, so kann letztere nur auf Ersuchen des Prozeßrichters geschehen. [1])

In gleicher Weise erfolgt, unter Vorlegung des Dokuments oder eines Erlöschungserkenntnisses, die Löschung einer Eintragung auf den Antrag des Eigenthümers oder einer dazu berechtigten Behörde auf Grund einer Quittung oder Löschungsbewilligung des Gläubigers. [2])

Ueber die Eintragungen in der ersten und zweiten Rubrik werden keine Urkunden, sondern nur Bescheinigungen ertheilt. Ueber die Eintragungen der Hypotheken werden Hypothekenbriefe, ohne Beiheftung der Schuldurkunde, ausgefertigt. Ein Verzicht auf die Ausfertigung ist unzuläßig. Der Hypothekenbrief enthält unter der Ueberschrift „Preußischer Hypothekenbrief" den vollständigen Eintragungsvermerk der Post, über welche er ausgefertigt worden; alle für die Prüfung der Sicherheit erheblichen Nachrichten aus dem Hypothekenbuche und die Unterschrift des Hypothekenamtes mit Datum und Siegel. [3])

III. Auch das Subhastationsverfahren hat durch die inzwischen erschienene Subhastationsordnung vom 15. März 1869 (Gesetz-Sammlung S. 421), zu welcher eine Instruktion vom 20. März 1869 (Justiz-Minist.-Blatt S. 62) ergangen ist, einen für den Immobiliarkredit günstigen Abschluß erhalten [4]). Folgende Momente sind hervorzuheben:

1) Das Verkaufsverfahren ist abgekürzt, vereinfacht und weniger kostspielig gemacht, indem dasselbe in die Hände eines selbstständigen Einzelrichters gelegt, das Subhastationsmandat und die Taxe beseitigt ist, die Subhastationsfristen nach Zeit und Bekanntmachungsart abgekürzt und die Grenzen für den Widerspruch und die Einwendungen gegen den Verkauf und den Zuschlag enger gezogen sind.

2) Die Gläubigerschaft ist gegen zahlungsunfähige Bieter und Ersteher, sowie gegen nachtheilige Handlungen des Schuldners angemessener geschützt

---

[1]) §§. 71. ff. des Entw. über die Hypotheken-Ordnung.

[2]) §§. 85. ff. des Entw. einer Hypotheken-Ordnung.

[3]) §§. 114. ff. a. a. O.

[4]) Die Mängel, auf welche ich in meinem Werke über die Preußische Subhastationsgesetzgebung aufmerksam gemacht, sind in dem neuen Gesetze beachtet, und die Vorschläge, welche ich zur Vereinfachung des Verfahrens gemacht, in den meisten Punkten verwirklicht worden.

worden durch schärfere Maßregeln, als Folgen der Subhastation, und durch Aufstellung strengerer Grundsätze über die Kautionsbestellung.

3. Dem Subhastationsverfahren ist ein sicherer, gegen Anfechtung und Vernichtung geschützter Gang gegeben durch Vereinfachung der Grundsätze über die Vorladung der Interessenten, durch Verbindung der Präklusion mit dem Zuschlage und durch Präzisirung und Beschränkung der Anfechtungsgründe.

4. Kontroversen und Streitfragen sind in einer rechtswissenschaftlich begründeten und geschäftlich zweckmäßigen Weise zur Entscheidung gebracht.

5. Die Funktion des Subhastations- und des Prozeßrichters ist fest begränzt und geregelt worden.

---

§. 7.

Schlußbemerkung.

Hiernach kann man die Kardinalgrundsätze, welche die Entwürfe über das Immobiliar- und Hypothekenrecht aufgestellt haben, dahin zusammen fassen:

1. Die Bewegungen des Grundeigenthumes, soweit dasselbe im Hypothekenbuche eingetragen ist, werden unter Lebenden und in den Fällen der freiwilligen Veräußerung durch die Auflassungserklärung vermittelt. Außer dem Hypothekenbuche giebt es für ein eingetragenes Grundstück keinen Eigenthümer. Die Bewegungsursache ist nicht der Obligationsfall, welcher die Auflassung veranlaßt und herbeigeführt hat, nicht das materielle Rechtsgeschäft, dessen Objekt das Grundstück ist, und aus welchem für die Vertragsintereſſenten bestimmte Rechte und Pflichten entstehen, sondern der formelle Akt der Auflassung selbst. Für die Eintragung in das Hypothekenbuch und daher für den Erwerb des Eigenthumes an dem eingetragenen Grundstücke ist die Auflassung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein Vertrag, der Erwerbungstitel des neuen Eigenthümers. Die causa praecedens, als Motiv der Auflassung, begründet zwar persönliche Rechtsbeziehungen, allein diese haben Wirkung nur unter den unmittelbaren Vertragskontrahenten selbst. Für das Hypothekenbuch, welches nur die Thatsache des Eigenthumes in absoluter Gewißheit zur Publizität bringt, ist die causa ohne rechtliche Bedeutung. Die Eintragung des Eigenthumes bewirkt ein Eigenthumsrecht in abstracto, d. i. unabhängig und losgelöst von dem materiellen Erwerbungsgrunde.

2. Die Gut- und Schlechtgläubigkeit ist einflußlos für den Eigenthumserwerb durch die Thatsache der Auflassung und der Eintragung. Das persönliche Vertrags- und Rechtsverhältniß des Vorbesitzers ist, wie nicht erkennbar

aus dem Hypothekenbuche, so auch nicht existent für den neuen Erwerber. Die mala fides aber wurzelt in der persönlichen Rechtsbeziehung der Kontrahenten. Ein Anfechtungsrecht aus der causa praecedens existirt nur unter den Vertragsinteressenten und gegen dieselben, nicht aber dem dritten Erwerber gegenüber, der bei dem Erwerbe vom eingetragenen Eigenthümer durch den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches unbedingt geschützt ist.

3. Die Gefahr der Sache geht, auch ohne Uebergabe, auf den Erwerber, durch die Eintragung, als den äußeren Akt des Eigenthumserwerbes, über.

4. Von der Auflassungstheorie sind ausgenommen die Bewegungen des Eigenthumes in Erbschaftsfällen, und in der Form der Enteignung und der nothwendigen Subhastation, für welche die Erwerbung des Eigenthumes an andere Momente geknüpft ist.

5. Die Auflassungs- und Eintragungstheorie findet auch Anwendung auf den Erwerb anderer dinglicher Rechte (beständiger Lasten und Hypotheken). Die Eintragung erfolgt auf Grund des Antrages des Eigenthümers. Einer besonderen Schuld- und Verpflichtungsurkunde bedarf es, mit Ausnahme der kautionellen Hypotheken, nicht.

6. Die Hypothekenurkunde, Hypothekenbrief genannt, ist eine Urkunde über ein abstraktes dingliches Forderungsrecht, ein Realwechsel, losgelöst von jedem rechtlichen Verbande zwischen bestimmten Personen und daher befreit von allen Einwendungen, welche aus einem persönlichen Obligationsgrunde hergeleitet werden.

7. Die Grund- und Gebäude-Steuerbücher bilden die Grundlage für das Hypothekenbuch.

8. Die Bearbeitung der Hypothekensachen erfolgt durch Einzelrichter.

9. Die Hypothekenbehörde verfährt, — mit wenigen Ausnahmen, — nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag.

10. Die Form der Eintragungsurkunden, (Abtretung, Verpfändung), und die Bildung der Hypothekenurkunden sind vereinfacht und erleichtert.

11. Die Kosten in Hypothekensachen sind ermäßigt.

Diese Grundsätze können nach moderner Rechtsauffassung nur gebilligt werden. Aber der Entwurf geht in den Wirkungen und Konsequenzen der Abstraktion des dinglichen Rechts nicht weit genug. Der Verkehr verlangt die möglichst freie Cirkulation für die Werthpapiere. Die Uebertragung durch Abtretung ist lästig, beschwerlich und Verpflichtungen begründend. Der merkantile Verkehr liebt keine Cessionen und benutzt am Liebsten die lettres au porteur oder die Uebertragungen in blanco. Erst durch Anwendung der Eigenschaft als Inhaberpapiere oder der Blanko-Uebertragungsform wird der Karakter des Hypothekenbriefes als eines abstrakten Kreditpapieres vollständig anerkannt, und für den Verkehr benutzt und durchgeführt. Wie der Eigenthümer auf seinen Namen eine

Hypothek eintragen und dieselbe in blanco weiter begeben kann, so muß diese Uebertragungsweise auch für Jedermann anerkannt werden. Erst durch die Blanko-Signaturen erhalten die Hypothekenbriefe Leichtigkeit in der Regulirung des Begebungs- und Valutageschäftes und werden dadurch in die Reihe der negociabelen Werthpapiere eingereihet und für den Geldmarkt zur freien Cirkulation geschickt gemacht. Eine Gefahr ist mit der Uebertragungsform in blanco nicht verknüpft, denn die wichtigsten Papiere, Wechsel, Konnossemente und andere kaufmännische Verpflichtungs-Dokumente, laufen in blanco in ungestörter Sicherheit, obgleich sie vermöge ihrer merkantilen Bestimmung bis zu ihrer Einlösung durch viele Hände oft die ganze Welt durchwandern. Einen weit gebundeneren Lauf haben und werden erlangen die Hypothekenbriefe. Sie sind an die Scholle gebunden, durch welche sie Sicherheit und rechtliche Existenz erhalten und werden sich in dem glücklichsten Falle der Konkurrenz und Spekulation nicht weit von ihrer Heimath entfernen. Die Hypothekenbriefe werden immer ein Platzpapier bleiben, und diese Eigenschaft, die beschränkte Cirkulationsfähigkeit, und die Nothwendigkeit der Zinsenerforderung werden sehr leicht Gelegenheit geben, zum Zwecke der Kündigung den Inhaber der Blankopapiere zu ermitteln. Allenfalls ließe sich zur Herbeiführung der Kündigung auch ein anderer geeigneter Weg finden.

Will man sich dieser Auffassung über die Cirkulationsfähigkeit der Hypothekenbriefe als lettres au porteur und als signatures en blanc, welche früher oder später doch zur Geltung kommen wird, jetzt noch nicht anschließen, hält man den Sprung von der gegenwärtigen Gebundenheit der Hypotheken-Dokumente bis zur fessellosen Cirkulation als Inhaber- oder Blankopapiere noch zu gewagt und zu kühn, so thut es doch aber Noth, die Uebertragung der Hypothekenbriefe durch Privatvermerke, und zwar auf der Urkunde selbst, zu ermöglichen. Durch eine Verlegung der Schriftlichkeit außerhalb der Urkunde wird der Karakter als negociabeles Werthpapier verwischt, die Uebersichtlichkeit der Gläubigerschaft erschwert und die Cirkulationsfähigkeit vermindert. Der Transport durch Privatvermerke ist ohne Gefahr und, nachdem die abstrakte Natur des Hypothekenbriefes anerkannt worden ist, eine nothwendige Folge dieser Eigenschaft. Für die bloße äußere Legitimationsführung ist die Legalisation der Transportakte ein zu großes Opfer.

Im Verkehre herrschen Vertrauen und Ehrlichkeit und diese merkantilen Tugenden müssen von der Gesetzgebung anerkannt und beachtet werden. Dem Betruge ist durch Vorsichtsmaßregeln, gerichtliche und notarielle Beglaubigung, doch nicht vorzubeugen. Der Inhaber wird auf den Besitz und die Aufbewahrung eines Hypothekenbriefes um so mehr achten, je leichter dessen Cirkulation und je gefährlicher dessen Verlust ist. Wenn die einfachen Hypothekenbriefe auch so lange nicht in den großen Börsenverkehr eintreten werden, als nicht eine um

fassende Centralisation der Beleihungsinstitute nach Provinzen oder nach größeren Dimensionen, vielleicht nach dem Umfange des Norddeutschen Gebietes, in das Leben gerufen wird, so werden sie doch, au porteur oder in blanco gestellt, einen leichten und beweglichen Platzverkehr finden, und damit ist dem Realkredit schon eine bedeutende Hülfe gewährt.

Der Furchtsame wird einwerfen: dadurch werde das Grundeigenthum mobilisirt und dem leichtsinnigen Schuldenmachen Vorschub geleistet. Allein das Mobilisirungsprinzip liegt schon in der Hypothek des Eigenthümers und in der Abtretung derselben in blanco. Die Generalisirung dieser Uebertragungsform mobilisirt nicht das Grundeigenthum, sondern befördert nur die Cirkulation der Hypothek, giebt derselben einen höheren Kurs und befreit sie von der Bedrückung des Privatverkehrs im Wege lästiger und kostspieliger Cessionen. Die Gefahr der Mobilisirung ist überhaupt nicht in der Leichtigkeit der Verschuldungs- und Uebertragungsform, sondern in dem Karakter des Besitzers und in dessen Vermögenslage zu suchen. Den Leichtsinn zu zügeln, liegt nicht im Zwecke und in der Macht der Gesetzgebung; auch nicht im Geiste der Zeit, der auf Decentralisation und Befreiung der staatlichen Bevormundung gerichtet ist. Die Bewegungen des Grundeigenthumes zu erschweren; die Zersplitterung desselben im Wege der freiwilligen oder erbschaftlichen Theilung abzuwenden; den Verkauf ländlicher Grundstücke aus staatlichen Gründen einzuschränken: dazu ist wenig Veranlassung vorhanden. Kann oder will ein Besitzer seinen Grundbesitz nicht konserviren, bringt er ihn durch Verschuldung zum Verkauf, so tritt vielleicht ein besserer Wirth an seine Stelle, und erfüllt die Pflichten, die der Vorbesitzer vernachlässigt hat. Will sich aber der große Grundbesitz konsolidiren, und soll er der Familie erhalten werden, so bietet auch für diesen Zweck das Gesetz eine genügende Form.

Zur Hebung des Realkredits, und um den Hypotheken eine leichtere Cirkulation zu geben, hat man endlich auch den Vorschlag gemacht, die Zinszahlungs- und Fälligkeitstermine der Hypotheken-Kapitalien einheitlich auf bestimmte Zeiten, etwa den 1. Januar u. 1. Juli zu verlegen, um dadurch die Bildung von Umschlagsterminen (Hypothekenmärkte) zu befördern. Solche Zeittermine bestehen in Mecklenburg und sollen dort gute Dienste leisten. Bei uns werden sie schwerlich in Gebrauch kommen; zwar nicht nachtheilig wirken, aber auch keinen Vortheil gewähren. Die Mecklenburgischen gewerblichen, sozialen und ländlichen Verhältnisse sind von den unsrigen so unendlich weit verschieden, wie es die Verhältnisse eines großen, modernen Staates von denen eines kleinen, nach patriarchalischen Prinzipien eingerichteten Landes nur sein können. Bei uns sind der Verkehr und die Bewegung des Kapitals so rasch und so mannigfach, die Verhältnisse und Bedingungen auch des Immobiliarverkehrs so eng verbunden mit der allgemeinen Lage des Geldmarktes, daß sich der Hypothekenverkehr ohne Nachtheil

nicht auf zwei Jahrestermine reduziren läßt. Der Einfluß des Grundeigenthumes, so wichtig derselbe auch auf die staatlichen und volkswirthschaftlichen Interessen einwirkt, ist doch nicht groß genug, um einen Regulator für das Kapital und für die Bewegungen des Geldes abzugeben. Das Kapital findet bessere Gelegenheit zur Anlage, als auf den Eintritt zweimaliger Umschlagstermine im Jahre warten. Der Effektenmarkt ist so reich an guten und rentablen Papieren, der industrielle Verkehr bietet für das Kapital so viele Gelegenheit zu günstiger Anlage, daß der Hypothekenmarkt nur in Konkurrenz treten kann, wenn er eine freiere und leichtere Bewegung annimmt. Und das ist nur möglich durch Kreirung von lettres au porteur oder durch Zulassung von signatures en blanc.

Aber auch nach anderer Seite hin macht sich ein Bedürfniß für den Hypothekenverkehr geltend. Der Kapitalist, der von den Revenüen seines Kapitales lebt, rechnet auf einen pünktlichen Eingang der Zinsen. Jede Unregelmäßigkeit in der Zinszahlung bringt denselben in Noth und Verlegenheit. Um diesem Uebelstande abzuhelfen und den pünktlichen Zinsenbezug zu sichern, haben sich Privat-Institute gebildet, welche gegen geringe Provision die Zahlung der Zinsen an den Gläubiger bewirken und die Einziehung der Zinsen von dem Schuldner selbst und für eigene Rechnung übernehmen. Hierzu ist eine Legitimation nothwendig. Dieselbe kann in verschiedener Weise erfolgen: durch Vollmacht, durch Abtretung des Zinsenrechts, durch Abtretung des Kapitals. Dadurch entstehen Kosten, und außerdem ist, wenigstens zur Abtretung des Kapitals, die Ausantwortung des Hypothekendokuments nöthig. Abgesehen nun davon, daß durch Aushändigung des Dokuments das Risiko erhöhet wird, so ist damit auch eine Einschränkung der Disposition über das Kapital selbst verbunden. Um diese Nachtheile zu vermeiden und jenes Vermittelungsgeschäft zu erleichtern, empfiehlt es sich, zu dem Hypothekenbriefe, auf Verlangen und Kosten des Gläubigers, besondere Zinsscheine, nach Art der Koupons-Serien, jedoch nicht über die einzelnen Zinsraten, sondern gleichsam nur über das Zinsrecht selbst, auszufertigen, welche für den Inhaber dieses Zinsrechts bei Einziehung der Zinsen zur Legitimation dienen. Eine Form läßt sich für diese Zinsscheine leicht finden, und die Zusammengehörigkeit beider Stücke, der Kapitals- und der Zinsenurkunde, ist äußerlich leicht auszudrücken und erkennbar zu machen. Rechtlich und praktisch sind die Zinsenabschnitte als selbstständige abstrakte Urkunden aufzufassen, über welche, wie über die Zinsen selbst, auch unabhängig von dem Kapitale, disponirt werden kann.

Schließlich muß den neuen Entwürfen die Anerkennung zu Theil werden, daß sie sich bemüht haben, die Fremdwörter zu entfernen und eine deutsche Rechtssprache würdig eines großen deutschen Volkes, einzuführen. Wenn dieses Ziel auch noch nicht vollständig erreicht ist, indem sich zum Beispiel noch die Worte vorfinden: Titel, Rubrik, Hypothekenbuch, Kolonne, Idialantheil, so ist doch mit der Zurück-

führung der fremden Worte auf deutsches Element der Anfang gemacht worden.

Und somit ist den Entwürfen, die sich durch legislatorische Gewandheit, tiefe Rechtskenntnisse und scharfen praktischen Blick auszeichnen, alles Glück zu wünschen. Eine Annahme derselben, und eine Erhöhung der Cirkulationsfähigkeit in dem angedeuteten Sinne, wird dem Realkredite Kraft verleihen und die Noth des Grundbesitzes mildern. Annehmen oder Ablehnen? Das ist die wichtige Tagesfrage für die großen Interessen des Grundeigenthumes. Wenn man nicht mit übertriebener Vorliebe an dem Alten hängt; wenn man die Gesetzgebung frei machen will, von den Einflüssen einer schwerfälligen und kontroversen Rechtstheorie; wenn man die Konkurrenz des Kapitals auch dem Grundeigenthum eröffnen will; wenn man sich der Rechtsanschauung anderer Deutschen Gesetzgebungen nicht verschließen und endlich die Einheit des Deutschen Rechts fördern will, so muß man das Prinzip der Auflassung mit allen seinen rechtlichen Konsequenzen annehmen und dadurch dem Hypothekenverkehre Festigkeit, Leichtigkeit und Beweglichkeit verschaffen.

Anhang.

Entwurf eines Gesetzes

über

den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbstständigen Gerechtigkeiten.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen rc.,

verordnen für die Landestheile, in welchem das Allgemeine Landrecht und die Hypotheken-Ordnung vom 20. Dezember 1783 gilt, mit Ausschluß der Gebietstheile des vormaligen Königreichs Hannover, unter Zustimmung der beiden Häuser des Landtages Unserer Monarchie, was folgt:

Erster Abschnitt.

Von dem Erwerb des Eigenthums an Grundstücken.

§. 1. Das Eigenthum an einem Grundstücke wird im Falle der freiwilligen Veräußerung nur durch Eintragung im Hypothekenbuche erworben.

§. 2. Die Eintragung des Erwerbers findet statt:

1) wenn der eingetragene Eigenthümer die Eintragung des Erwerbers als Eigenthümers bewilligt, und der Erwerber die Eintragung auf seinen Namen beantragt (Auflassung).
   Einer Vorlegung der Urkunde über das Veräußerungsgeschäft, mit Ausnahme des im §. 4 erwähnten Falles, und eines Nachweises der Uebergabe bedarf es nicht;
2) wenn der Erwerber unter Vorlegung eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches der eingetragene Eigenthümer zur Auflassung des Eigenthums an ihn verurtheilt worden ist, die Eintragung auf seinen Namen beantragt.

§. 3. Die gesetzlichen Vorschriften über Veräußerungs- und Erwerbsfähigkeit, über den Beitritt gesetzlicher Vertreter und die Einwilligung oder Genehmigung vorgesetzter Aufsichts-Behörden finden auch auf die Auflassung (§. 2) Anwendung.

§. 4. Bei der Auflassung von einzelnen Trennstücken (Parzellen) solcher Grundstücke, deren Zertheilung oder Abtrennung den Bestimmungen der §§. 2—4. der Gesetze vom 3. Mai 1845 (Gesetz-Sammlung S. 25.) und vom 24. Mai 1853 (Gesetz-Sammlung S. 241.) unterliegen, muß der Zertheilungs-Vertrag der Hypotheken-Behörde vor-

gelegt werden, und es darf die Eintragung des Erwerbers des Trennstücks oder die Zuschreibung des letzteren auf das Blatt eines anderen Grundstücks des Erwerbers nur erfolgen, wenn der Vertrag den Vorschriften dieser Gesetze entspricht.

§. 5. Eine Vormerkung (Protestation) zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung für den Erwerber kann nur unter Vermittelung des Prozeßrichters oder mit Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers eingetragen und nur auf Ersuchen des Prozeßrichters oder auf Antrag des Erwerbers gelöscht werden.

§. 6. Hat der eingetragene Eigenthümer das Grundstück an Mehrere nach einander veräußert, so wird doch nur derjenige Eigenthümer, welcher in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist, auch wenn er den älteren Titel eines Anderen gekannt hat, oder Letzterem vom Veräußerer das Grundstück übergeben worden ist.

§. 7. Wird das Eigenthumsrecht des eingetragenen Erwerbers in der Folge angefochten und gelöscht, so bleiben doch alle von ihm in der Zwischenzeit begründeten Rechte dritter Personen auf das Grundstück in Kraft.

Gegen diesen Nachtheil kann sich der Anfechtungskläger durch die von dem Prozeßrichter nachzusuchende Eintragung einer Vormerkung sichern.

§. 8. Die Gefahr der Sache geht durch die Eintragung auf den Erwerber über, wenn ihm auch noch nicht übergeben worden ist.

§. 9. Bei einer gütergemeinschaftlichen Ehe wird der andere Ehegatte dritten Personen gegenüber erst dann Miteigenthümer, wenn er als solcher im Hypothekenbuche eingetragen worden ist.

§. 10. Der Erbe und der Vermächtnißnehmer erwerben das Eigenthum an dem Grundstück, sobald der Erblasser gestorben ist.

§. 11. Lehnserben und Fideikommißnachfolger erwerben das Eigenthum an dem Lehn- und Fideikommißgute, sobald der letzte Besitzer gestorben ist.

§. 12. Im Falle der Enteignung geht das Eigenthum durch die Besitzeinweisung der Verwaltungsbehörde auf den Erwerber über.

§. 13. Im Falle der nothwendigen Subhastation erwirbt der Ersteher das Eigenthum des Grundstücks durch die Verkündung des Zuschlagurtheils.

§. 14. Der Erbe, der Vermächtnißnehmer, der Enteignungserwerber und Ersteher erlangen das Recht der Veräußerung und der Belastung des Grundstücks, der Lehnserbe und Fideikommiß-Nachfolger das Recht der Belastung, soweit es ihnen gesetzlich zusteht, nur durch die Eintragung des Eigenthums.

Die Eintragung für den Vermächtnißnehmer setzt die nachzuweisende Einwilligung des Erben oder seine rechtskräftige Verurtheilung zu derselben voraus.

§. 15. Wenn Miterben dem Einen von ihnen oder einem Fremden das Grundstück auflassen, so bedarf es nicht der vorangehenden Eintragung der Miterben in das Hypothekenbuch.

§. 16. Beschränkungen des eingetragenen Eigenthümers in der Verfügung über das Grundstück erlangen nur durch Eintragung Rechtswirkung.

Zweiter Abschnitt.

Von der Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken.

§. 17. Dingliche Rechte an einem Grundstücke, welche auf einem besonderen Rechtstitel beruhen, können nur durch Eintragung begründet werden; jedoch bedürfen die gesetzlichen Vorkaufsrechte, die Grundgerechtigkeiten, die vertragsmäßigen eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte (Leihe, Miethe, Pacht), welche durch Besitz-Uebertragung dingliche Wirkung erhalten, und diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche nach §§. 8, 112 des allgemeinen Berggesetzes vom 25. Juni 1865 (Gesetz-Sammlung S. 705.) im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können, nicht der Eintragung.

In wieweit die den Rentenbanken überwiesenen Renten und die Domainen-Amortisationsrenten der Eintragung bedürfen, wird durch das Gesetz vom 2. März 1850 über die Rentenbanken (Gesetz-Sammlung S. 112.) bestimmt.

§. 18. Hat der Eigenthümer Mehreren ein persönliches Recht zum Grundstück eingeräumt, so geht das Recht Desjenigen vor, welches durch die Eintragung dinglich geworden, auch wenn derselbe das ältere Recht des Andern gekannt hat, oder dieser sich bereits in der Ausübung des Rechts befindet.

Dritter Abschnitt.

Vom Hypothekenrecht.

1. Begründung des Hypothekenrechts.

§. 19. Das Hypothekenrecht wird nur durch die Eintragung in das Hypothekenbuch begründet.

§. 20. Die Eintragung einer Hypothek erfolgt:

1) wenn der eingetragene Eigenthümer sie beantragt;
   einer Vorlegung der Schuldurkunde oder einer Angabe des Schuldgrundes bedarf es mit Ausnahme des im §. 24 erwähnten Falles nicht;
2) wenn der Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches der eingetragene Eigenthümer zur Bestellung der Hypothek verurtheilt worden ist, die Eintragung beantragt;
3) wenn eine gesetzlich dazu berufene Behörde gegen den eingetragenen Eigenthümer die Eintragung bei der Hypotheken-Behörde nachsucht.

§. 21. Der eingetragene Miteigenthümer kann auf seinen Antheil Hypothek bewilligen; auch kann im Wege des gesetzlichen Zwanges gegen ihn auf seinen Antheil eine solche eingetragen werden.

§. 22. Der Gläubiger hat das Recht, unter Vermittelung des Prozeßgerichts eine Vormerkung (Protestation) auf dem Grundstück seines Schuldners eintragen zu lassen. Durch diese Vormerkung sichert er sich für die definitive Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Hypotheken.

Auch diejenigen Behörden, welche die Eintragung einer Hypothek gegen den Eigenthümer nachzusuchen gesetzlich berechtigt sind, können die Eintragung einer Vormerkung verlangen.

§. 23. Jede Eintragungs-Bewilligung muß auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten, das verpfändete Grundstück oder die mehreren verpfändeten Grundstücke bestimmt bezeichnen, und eine bestimmte Summe in gesetzlicher Währung, den Zinssatz oder die Bemerkung der Zinslosigkeit, den Anfangstag der Verzinsung und die Bedingungen der Rückzahlung angeben.

§. 24. Wenn die Größe eines künftigen Anspruchs zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Kautions-Hypotheken), so muß der Schuldgrund und der höchste Betrag eingetragen werden, bis zu welchem das Grundstück haften soll.

§. 25. Wenn Kapitalien zinslos oder mit Zinsen unter dem Zinssatz von fünf vom Hundert seit der Geltung des Gesetzes vom 24. Mai 1853 (Gesetz-Sammlung S. 521.) eingetragen sind, so steht dem Eigenthümer des Grundstücks frei, einen Zinssatz bis fünf vom Hundert mit der Rangordnung des Kapitals eintragen zu lassen. Der Einwilligung der gleich- oder nachstehenden Gläubiger bedarf es hierzu nicht.

§. 26. Der Vorbehalt des Eigenthums für den Veräußerer kann nur als Hypothek für eine bestimmte Geldsumme eingetragen werden.

§. 27. Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Hypothek eintragen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über diese Hypothek zu verfügen und bei der Kaufgelder-Vertheilung in Folge der nothwendigen Subhastation sie für sich zu liquidiren.

2. Umfang des Hypothekenrechts.

§. 28. Für das eingetragene Kapital, die Zinsen und Kosten der Kündigung, der Klage und Beitreibung haften:

- das ganze Grundstück mit allen seinen, zur Zeit der Eintragung nicht abgeschriebenen Theilen (Parzellen, Trennstücken);
- die auf dem Grundstück befindlichen oder nachträglich darauf errichteten, dem eingetragenen Eigenthümer gehörigen Gebäude;
- die natürlichen An- und Zuwüchse;
- die stehenden und hängenden Früchte;
- die Mieth- und Pachtzinsen und sonstigen Hebungen;
- die zugeschriebenen unbeweglichen Zubehörstücke (Pertinenzien) und Gerechtigkeiten;
- das bewegliche, dem eingetragenen Eigenthümer gehörige Zubehör, so lange dasselbe nicht von dem Grundstück räumlich getrennt worden ist;

die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder für stehende Früchte oder abgebrannte oder durch Brand beschädigte Gebäude, wenn diese Gelder nicht statutenmäßig zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen oder verwendet worden sind.

§. 29. Abtretungen und Verpfändungen der Ansprüche auf Versicherungsgelder und die Vorauserhebung von Pacht- und Miethzinsen auf mehr als ein Vierteljahr, sind, soweit sie zum Nachtheil der eingetragenen Gläubiger gereichen, ohne Wirksamkeit.

§. 30. Werden nach der Eintragung der Hypothek dem verpfändeten Grundstücke andere Grundstücke zugeschrieben, so treten diese in die Pfandverbindlichkeit desselben; es gehen jedoch die mitübertragenen Hypotheken des zugeschriebenen Stückes — soweit es sich um Befriedigung derselben aus diesem Stück handelt — den zur Zeit der Zuschreibung auf dem Hauptgut eingetragenen Hypotheken vor.

§. 31. Werden unbewegliche Zubehörstücke oder Theile des Grundstücks auf dem Blatt des bisherigen Haupt- oder Stammguts abgeschrieben und auf ein anderes Blatt übertragen, so haften sie für die Hypotheken ihres bisherigen Haupt- oder Stammgutes nur dann, wenn diese bei der Abschreibung auf das andere Blatt mit übertragen worden sind.

§. 32. In Betreff der Befugniß des eingetragenen Eigenthümers, kleinere Theile oder Zubehörstücke des verpfändeten Grundstücks ohne Einwilligung der Hypotheken-Gläubiger hypothekenfrei zu veräußern oder gegen andere Grundstücke auszutauschen, verbleibt es bei den Gesetzen vom 3. März 1850 (Gesetz-Sammlung S. 145.) und vom 27. Juni 1860 (Gesetz-Sammlung S. 384.).

3. Rangordnung der Hypotheken.

§. 37. Die Rangordnung (Priorität) der auf demselben Grundstück haftenden Hypotheken bestimmt sich allein nach der Reihenfolge der geschehenen Eintragungen.

§. 34. Die Reihenfolge der Eintragungen bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher der Antrag auf Eintragung bei der Hypothekenbehörde vorgelegt worden ist.

Eintragungen unter dem Datum desselben Tages haben die Rangordnung nach ihrer Reihenfolge, wenn nicht besonders dabei vermerkt worden ist, daß sie zu gleichem Rechte nebeneinander stehen sollen.

§. 35. Ein voreingetragener Gläubiger kann sein Vorrecht einem nachstehenden einräumen. Die Einräumung des Vorrechts bezieht sich auch auf das Zins- und Kostenrecht. Die Vorrechte der Zwischenposten werden hierdurch nicht geändert.

§. 36. Die Rangordnung zwischen den Hypotheken und den Belastungen zur zweiten Rubrik bestimmt sich nach der Zeit der Eintragung.

4. Wirkung des Hypothekenrechts.

§. 37. Ein Vertrag, durch welchen der Eigenthümer verpflichtet wird, das Grundstück nicht weiter zu verpfänden, ist nichtig.

§. 38. Erhebliche Verschlechterungen der Substanz, durch welche die Sicherheit des hypothekarischen Gläubigers gefährdet wird, berechtigen denselben, bei dem Prozeßgericht Sicherungsmaßregeln zu beantragen, auch seine Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern.

§. 39. Der hypothekarische Gläubiger hat die Wahl, ob er die persönliche Klage aus dem Schuldverhältniß oder die hypothekarische Klage anstellen will. Eine Verbindung beider Klagen ist nur zulässig, wenn der Eigenthümer des Grundstücks auch der persönliche Schuldner ist.

§. 40. Gegen die hypothekarische Klage sind Einreden, welche die Begründung des persönlichen Schuldverhältnisses betreffen, unzulässig; andere Einreden sind nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen, oder aus dem Hypothekenbuch sich ergeben.

§. 41. Wird die hypothekarische Klage mit der persönlichen verbunden, so stehen dem Beklagten gegen beide Klagen die Einreden unbeschränkt zu.

§. 42. Die hypothekarische Klage aus einer für künftige, dem Betrage nach ungewisse Ansprüche eingetragenen Hypothek (§. 24.) bedarf der Begründung aus dem persönlichen Schuldverhältniß, und es stehen dem Beklagten gegen diese Klage die Einreden unbeschränkt zu.

§. 43. Das mit einer Hypothek verbundene persönliche Recht kann nur gemeinsam mit der Hypothek abgetreten werden. Wird die Hypothek ohne das persönliche Recht abgetreten, so erlischt die persönliche Klage.

§. 44. Hypotheken, welche nach dem Tage, wo dieses Gesetz in Gültigkeit tritt, eingetragen oder von dem Eigenthümer des Grundstücks abgetreten werden, können von den nacheingetragenen Gläubigern nicht angefochten werden.

§. 45. Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben eingetragene Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen und sich dabei zur Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Schuld verpflichtet, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahme-Vertrage nicht beigetreten ist, und ohne daß es einer Abtretung des Befreiungsanspruchs vom Veräußerer an ihn bedarf.

Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks gekündigt hat. Ist das Kündigungsrecht noch für eine gewisse Zeit ausgeschlossen, so verlängert sich die Frist um diese Zeit.

§. 46. Wenn eine Hypothek ungetheilt auf mehreren Grundstücken haftet, so ist der Gläubiger berechtigt, sich an jedes einzelne Grundstück wegen seiner ganzen Forderung zu halten.

Soweit der Gläubiger aus dem Einen Grundstücke seine Befriedigung erhalten hat, erlischt die Hypothek auf dem mitverhafteten Grundstück. Der Eigenthümer desselben erlangt nicht das Recht, über die Hypothek zu verfügen, oder sie für sich zu liquidiren.

§. 47. Der hypothekarische Gläubiger, dessen hypothekarischer Anspruch vollstreckbar geworden, hat das Recht, durch gerichtliche Sequestration und durch nothwendige Subhastation seine Befriedigung zu erzwingen.

§. 48. Der Antrag auf Sequestration und Subhastation des Grundstücks ist auch dann zulässig, wenn seit der Zustellung der hypothekarischen Klage ein Wechsel in der Person des Eigenthümers eingetreten ist.

§. 49. Ein Vertrag zwischen dem hypothekarischen Gläubiger und dem Eigenthümer durch welchen Ersteren das Recht der Veräußerung zum Zweck seiner Befriedigung entzogen wird, ist nichtig.

§. 51. Ein vor dem Verfalltage abgeschlossener Vertrag, nach welchem der hypothekarische Gläubiger nach der Verfallzeit das Grundstück für den Betrag oder unter dem Betrage der Forderung als Eigenthümer erhalten soll, ist nichtig.

§. 51. Der Eigenthümer ist berechtigt, bei der nothwendigen Subhastation mitzubieten, er muß jedoch sein jedesmaliges Gebot im Termin baar erlegen, sobald ein Betheiligter seiner Zulassung widerspricht. Wenn er der Meistbietende geblieben und ein begründeter Widerspruch nicht erfolgt, so wird durch Erkenntniß ausgesprochen, daß ihm das Eigenthum an dem Grundstück zu belassen. Er behält es dann frei von den Hypotheken, die durch sein Gebot nicht gedeckt werden. Der persönliche Anspruch der ausfallenden Gläubiger an ihn wird dadurch nicht geändert.

§. 52. Der hypothekarische Gläubiger, auf dessen Antrag die Subhastation eingeleitet worden, oder der derselben beigetreten ist, darf mitbieten.

§. 53. Der Ersteher erwirbt durch die Verkündung des Zuschlagsbescheides das Eigenthum des Grundstücks frei von allen Hypotheken und frei von allen anderen dinglichen Lasten, welche aus besonderen Rechtstiteln herrühren und später als die Hypothek des verkaufenden Gläubigers ohne dessen Einwilligung auf das Grundstück gelegt worden sind.

Es gehen jedoch diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche nach den Vorschriften des allgemeinen Berggesetzes vom 25. Juni 1865 §§. 8. 142. im Wege des Zwangsverfahrens gegen den Eigenthümer des Grundstücks erworben werden können, als Lasten auf den Ersteher über, insofern dieselben vor Einleitung der Subhastation durch Besitzergreifung die Eigenschaft dinglicher Rechte erlangt haben.

§. 54. An den bestehenden Vorschriften über die unter Aufsicht einer Behörde zu bewirkende Verwendung der dem Grundstücks-Eigenthümer zufallenden Kapitalien im Interesse der Realberechtigten wird durch dieses Gesetz nichts geändert.

5. Uebergang der Hypotheken.

§ 55. Die Eintragung der Abtretung oder Verpfändung einer Hypothek darf nur

auf Grund der Bewilligung des eingetragenen Gläubigers oder seiner rechtskräftigen Verurtheilung zur Bewilligung, oder auf Grund eines Ersuchens einer gesetzlich dazu berechtigten Behörde gegen den eingetragen Gläubiger erfolgen.

§ 56. Der Erwerb der Hypothek durch Abtretung und die Wirksamkeit der Verpfändung derselben hängt nicht von der Eintragung ab.

§ 57. Der Eigenthümer ist befugt, die auf seinen Namen eingetragene Hypothek (§. 27.) ohne Nennung des Erwerbers abzutreten (Blanko-Abtretung).

Der Inhaber erlangt dadurch das Recht, die Blanko-Abtretung durch einen Namen auszufüllen, die Hypothek auch ohne diese Ausfüllung abzutreten.

§. 58. In Ermangelung einer Vereinbarung der Betheiligten werden die Kosten der Verpfändung einer Hypothek und deren Eintragung von dem Verpfänder allein, die Kosten der Abtretung und deren Eintragung von dem abtretenden Gläubiger und dem Erwerber zu gleichen Theilen getragen.

§ 59. Hat der befriedigte Gläubiger auf Veranlassung des Eigenthümers die Hypothek ihm oder einem Anderen abgetreten, so hat der Eigenthümer die Abtretungs- und Eintragungs-Kosten zu zahlen.

§. 60. Die Hypothek geht mit dem Tode des Gläubigers von Rechtswegen auf seine Erben oder Vermächtnißnehmer über.

Die Umschreibung einer Hypothek auf den Vermächtnißnehmer erfordert die Bewilligung des Erben oder seine rechtskräftige Verurtheilung zu derselben.

6. Löschung der Hypotheken.

§. 61. Das Hypothekenrecht wird nur durch Löschung im Hypothekenbuch aufgehoben.

§. 62. Die Löschung einer Hypothek erfolgt auf Antrag des Eigenthümers, oder nach stattgefundener nothwendiger Subhastation auf Ersuchen des Subhastations-Richters.

§. 63. Zur Begründung des Löschungsantrages des Eigenthümers gehört entweder:

1) die Quittung oder Löschungs-Bewilligung des Gläubigers und die Vorlegung der über die Eintragung ausgefertigten Urkunde; oder
2) der Nachweis der rechtskräftigen Verurtheilung des Gläubigers, die Löschung zu bewilligen; oder
3) die Vorlegung des rechtskräftigen Ausschluß-Erkenntnisses nach erfolgtem Aufgebot der Hypothek; oder
4) Die Bescheinigung des Prozeß-Gerichts, daß von dem Eigenthümer den in §§. 99, 100 der Hypotheken-Ordnung gestellten Anforderungen Genüge geschehen ist.

§. 64. Will der Eigenthümer die Hypothek in Folge eingetretener Vereinigung (Konfusion oder Konsolidation) löschen lassen, so bedarf es nur des Nachweises dieses Erlöschungsgrundes.

§. 65. Vormerkungen werden gelöscht auf Ersuchen derjenigen Behörde, auf deren Antrag dieselben im Hypothekenbuche vermerkt worden, oder auf Bewilligung dessen, für den sie vermerkt worden sind.

§. 66. Soll eine vormundschaftliche Kaution auf Antrag des Eigenthümers gelöscht werden, so genügt zur Begründung des Antrages die Löschungsbewilligung des Vormundschaftsgerichts, so lange die Vormundschaft besteht. Nach Beendigung derselben muß die Löschungsbewilligung des gewesenen Pflegebefohlenen oder seines Rechtsnachfolgers beigebracht werden.

§. 67. Weigert der Gläubiger die Bewilligung der Löschung, so ist der Eigenthümer berechtigt, zugleich mit der Klage gegen den Gläubiger bei dem Prozeßrichter den Antrag zu stellen, die Hypotheken-Behörde zu ersuchen, bei der Hypothek Widerspruch gegen weitere Verfügungen des Gläubigers zu vermerken.

§. 68. Ist die Hypothek aus Versehen der Hypotheken-Behörde gelöscht worden, so kann die Wiedereintragung derselben an derselben Stelle vom Gläubiger verlangt oder von Amtswegen verfügt werden, jedoch nicht zum Nachtheil derjenigen, die nach der Löschung der Post Rechte auf das Grundstück erworben haben.

§. 69. An die Stelle einer gelöschten Hypothek darf eine andere nicht eingetragen werden; vielmehr rücken die nachstehenden Hypotheken von Rechtswegen vor.

§. 70. Der vom eingetragenen Eigenthümer befriedigte Hypotheken-Gläubiger ist nach der Wahl des Erstern verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungs-Bewilligung zu ertheilen, oder die Hypothek ohne Gewährleistung abzutreten.

§. 71. Der eingetragene Eigenthümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungs-Bewilligung die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen (§. 27).

§. 72. Ein gleiches Recht hat der Eigenthümer, welcher die Hypothek von Todes wegen erworben, auf Grund des Testaments, des Erbvertrages oder der Erbbescheinigung. Hat der Eigenthümer die Hypothek als Vermächtnißnehmer erworben, so bedarf es zur Umschreibung der Einwilligung des Erben, oder seiner rechtskräftigen Verurtheilung zu derselben.

§. 73. Erwirbt der Hypotheken-Gläubiger das verpfändete Grundstück, so kann er die Hypothek auf seinen Namen stehen lassen oder über sie verfügen (§. 27).

Vierter Abschnitt.

Von dem Bergwerkseigenthum und den Gerechtigkeiten.

§. 74. Verliehene Bergwerke, unbewegliche Bergwerksantheile und selbstständige Kohlen-Abbau-Gerechtigkeiten in den vormals Königlich Sächsischen Landestheilen unterliegen den Vorschriften dieses Gesetzes mit folgenden zusätzlichen Bestimmungen:

1) Das Bergwerks-Eigenthum wird durch die von dem Ober-Bergamt ertheilte Verleihung, bestätigte Konsolidation, Theilung oder Vertauschung von Grubenfeldern und Feldestheilen erworben.

   Der Erwerber ist in diesen Fällen von Amtswegen zur Eintragung seines Bergwerks-Eigenthums anzuhalten.

   Zu diesem Zweck hat das Ober-Bergamt der Hypothekenbehörde eine beglaubigte Abschrift der Verleihungs-Urkunde oder die Ausfertigung des bestätigten Konsolidations-, Theilungs- oder Tausch-Aktes zuzustellen.

2) In Betreff der Befugniß des eingetragenen Bergwerks-Eigenthümers, das verliehene Feld zu theilen, Feldestheile auszutauschen, oder auf dieselben zu verzichten, kommen die Vorschriften des allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 zur Anwendung.

3) Hülfsbaue, welche unter die Vorschriften der §§. 60 ff. des allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 fallen, erlangen auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch durch Uebergang des Besitzes die Eigenschaft dinglicher Rechte. Dieselben erlöschen nicht durch Ertheilung des Zuschlages bei der nothwendigen Subhastation.

4) Das Eigenthum an selbstständigen Kohlenabbau-Gerechtigkeiten in den vormals Königlich Sächsischen Landestheilen kann nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch erworben werden.

§. 75. Wo für selbstständige Gerechtigkeiten Hypothekenblätter eingerichtet sind, wird die Veräußerung und der Erwerb des Eigenthums an ihnen und ihre Verpfändung nach den Vorschriften dieses Gesetzes beurtheilt.

Fünfter Abschnitt.

Von der Haftbarkeit der Hypothekenbehörde.

§. 76. Die Beamten der Hypothekenbehörde haften für jedes Versehen bei Wahrnehmung ihrer Amtspflichten, soweit für den Beschädigten von anderer Seite her Ersatz nicht zu erlangen ist.

§. 77. Die Beamten der Hypothekenbehörde sind weder berechtigt, noch verpflichtet, die Rechtsbeständigkeit der von den Parteien vorgenommenen Geschäfte zu prüfen, auf deren Grund eine Eintragung oder Löschung bei dem Hypothekenbuche beantragt wird.

Sechster Abschnitt.

Schlußbestimmungen.

§. 78. Alle diesem Gesetz entgegenstehenden Vorschriften werden aufgehoben.

§. 79. Dieses Gesetz tritt am . . . . . . in Kraft.

Hartmann, Wilhelm,

Das Preußische Immobiliar-Sachenrecht und dessen Reform nach den neuesten Entwürfen

Elberfeld 1869